

DIE EINSTWEILIGE ANORDNUNG
IM SOZIALGERICHTSVERFAHREN

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

dem

Fachbereich Rechtswissenschaften
der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Günter Lemmer

Assessor aus Marburg/Lahn

Marburg 1982

Druck von citydruck Würzburg

DIE EINSTWEILIGE ANORDNUNG IM SOZIALGERICHTSVERFAHREN

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

dem

Fachbereich Rechtswissenschaften

der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Günter Lemmer

Assessor aus Marburg/Lahn

Marburg 1982

Druck von citydruck Würzburg

Als Dissertation von dem Fachbereich Rechtswissenschaften
angenommen am: 27. Januar 1982

Berichterstatter: Professor Dr. Baltzer

Mitberichterstatter: Privat-Dozent Dr. Werner

Tag der mündlichen Prüfung: 10. Februar 1982



Die einseitige Anordnung in der folgenden Tabelle

Einleitung

I. Teil: Einleitung

I. Die einseitige Anordnung in der
Tabelle der Geschlechterverhältnisse

II. Darstellung der der Tabelle der Tabelle

III. Teil: Darstellung der Tabelle der Tabelle
in der Tabelle der Tabelle der Tabelle
in der Tabelle der Tabelle der Tabelle
in der Tabelle der Tabelle der Tabelle
in der Tabelle der Tabelle der Tabelle
in der Tabelle der Tabelle der Tabelle

IV. Teil: Darstellung der Tabelle der Tabelle
in der Tabelle der Tabelle der Tabelle
in der Tabelle der Tabelle der Tabelle
in der Tabelle der Tabelle der Tabelle
in der Tabelle der Tabelle der Tabelle
in der Tabelle der Tabelle der Tabelle

Meiner lieben Frau Ute,

V. Teil: Darstellung der Tabelle der Tabelle
in der Tabelle der Tabelle der Tabelle
in der Tabelle der Tabelle der Tabelle
in der Tabelle der Tabelle der Tabelle
in der Tabelle der Tabelle der Tabelle
in der Tabelle der Tabelle der Tabelle

VI. Teil: Darstellung der Tabelle der Tabelle
in der Tabelle der Tabelle der Tabelle
in der Tabelle der Tabelle der Tabelle
in der Tabelle der Tabelle der Tabelle
in der Tabelle der Tabelle der Tabelle
in der Tabelle der Tabelle der Tabelle

VII. Teil: Darstellung der Tabelle der Tabelle
in der Tabelle der Tabelle der Tabelle
in der Tabelle der Tabelle der Tabelle
in der Tabelle der Tabelle der Tabelle
in der Tabelle der Tabelle der Tabelle
in der Tabelle der Tabelle der Tabelle

VIII. Teil: Darstellung der Tabelle der Tabelle
in der Tabelle der Tabelle der Tabelle
in der Tabelle der Tabelle der Tabelle
in der Tabelle der Tabelle der Tabelle
in der Tabelle der Tabelle der Tabelle
in der Tabelle der Tabelle der Tabelle

IX. Teil: Darstellung der Tabelle der Tabelle
in der Tabelle der Tabelle der Tabelle
in der Tabelle der Tabelle der Tabelle
in der Tabelle der Tabelle der Tabelle
in der Tabelle der Tabelle der Tabelle
in der Tabelle der Tabelle der Tabelle



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41554029_0002

Die einstweilige Anordnung im Sozialgerichtsverfahren

<u>Gliederung</u>	Seite
1. Teil Einführung	1
I. Die einstweilige Anordnung als Problem des Sozialgerichtsprozesses	1
II. Überblick über den Gang der Arbeit	4
2. Teil Formen des vorläufigen Rechtsschutzes im Sozialgerichtsgesetz sowie im materiellen Sozialrecht mit Blick auf Finanz- und Verwaltungsgerichtsordnung	9
I. Vergleichende Überlegungen zu Aspekten des vorläufigen Rechtsschutzes in den drei Verwaltungsgerichtsordnungen	9
II. Die aufschiebende Wirkung von Widerspruch und Anfechtungsklage nach dem Sozialgerichtsgesetz	14
1. Die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs und die Aussetzung der Vollziehung nach § 86 Abs. 2 bis 4 SGG	15
1.1. Die Entbehrlichkeit eines Vorverfahrens in Angelegenheiten der Unfall- und Rentenversicherung sowie der Kriegsopferversorgung gem. § 78 Abs. 2 SGG	15
1.2. Die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs nach § 86 Abs. 2 SGG	18

1.3.	Die Anordnung der aufschiebenden Wirkung auf besonderen Antrag des Beklagten in den Angelegenheiten nach § 86 Abs. 3 u. 4 SGG	24
2.	Der vorläufige Rechtsschutz nach § 97 SGG	29
2.1.	Die aufschiebende Wirkung der Klage in den Fällen des § 97 SGG	29
2.1.1.	Grundsätzliches zur aufschiebenden Wirkung des Absatzes 1	29
2.1.2.	Aufschub bei Kapitalabfindungen von Versicherungsansprüchen	33
2.1.3.	Die Klage gegen die Rückforderung von Leistungen	35
2.1.4.	Der Aufschub bei Nichtigkeitsklagen	38
2.1.5.	Die aufschiebende Wirkung in Zulassungssachen	39
2.1.6.	Der Aufschub von Klagen nach § 97 Abs. 1 Nr. 5 SGG	41
2.1.7.	Die aufschiebende Wirkung von Aufsichtsklagen	43
2.2.	Die vorläufige Aussetzung des Vollzugs durch Beschluß des Gerichts nach § 97 Abs. 2 SGG	44
2.2.1.	Allgemeines zum Anwendungsbereich der Vorschrift	44
2.2.2.	Probleme des vorläufigen Rechtsschutzes bei § 97 Abs. 2 SGG	47
2.3.	Beschlüsse über die Anordnung und Aussetzung der Vollziehung nach § 97 Abs. 3 u. 4 SGG	54
3.	Die aufschiebende Wirkung und die vorläufige Aussetzung des Vollzugs nach § 175 SGG	57

III.	Formen einstweiliger Anordnungen bei Vornahmesachen gem. §§ 130 S. 2, 180 Abs. 6, 181 SGG	60
1.	Die Anordnung vorläufiger Leistungen im Grundurteil gem. § 130 SGG	60
2.	Einstweilige Anordnungen bei einander widersprechenden und bei Gefahr unvereinbarer Entscheidungen	64
IV.	Vorläufiger Rechtsschutz durch das materielle Sozialrecht	68
1.	Überblick	68
2.	Vorschüsse gem. § 42 SGB-AT-	69
3.	Vorläufige Leistungen des zuerst an- gegangenen Verwaltungsträgers nach § 43 SGB-AT-	76
3. Teil	Literatur und Rechtsprechung zur Statthaftigkeit der einstweiligen Anordnung im Sozialgerichtsver- fahren	82
I.	Die Stimmen der Literatur gegen die allgemeine Zulässigkeit von einst- weiligen Anordnungen	82
II.	Befürworter der Statthaftigkeit einst- weiliger Anordnungen über die im Sozialgerichtsgesetz geregelten Fälle hinaus	87
III.	Auffassungen im Schrifttum, die einer Lösung im Wege richterlicher Rechtsfortbildung kritisch gegen- überstehen	91

IV.	Die Entwicklung der Rechtsprechung zur Zulässigkeit nicht im Sozialgerichtsgesetz geregelter einstweiliger Anordnungen	95
V.	Der Beschluß des Bundesverfassungsgerichts vom 19.10.1977	105
VI.	Die jüngere Entscheidungspraxis der Sozialgerichte	113
4. Teil	Die lückenhafte und verfassungswidrige Regelung der einstweiligen Anordnung im Sozialprozeß und die sich daraus ergebenden Möglichkeiten für eine Rechtsfortbildung	117
I.	Die Unvollständigkeit der Vorschriften des Sozialgerichtsgesetzes über die einstweilige Anordnung	118
1.	Lückenhaftigkeit des Sozialgerichtsgesetzes aufgrund fehlender Regelung einstweiliger Anordnungen vor anhängigem Gerichtsverfahren und das Gebot eines effektiven Rechtsschutzes nach Art. 19 Abs. 4 GG	122
1.1.	Die Rechtslage vor dem Sozialprozeß	122
1.2.	Vereinbarkeit des Ausschlusses einstweiliger Anordnungen vor anhängigem Sozialprozeß mit Art. 19 Abs. 4 GG unter besonderer Berücksichtigung des Vorverfahrens	130
1.2.1.	Das Vorverfahren als Sperre für den vorläufigen Rechtsschutz	131

1.2.2.	Die Verfassungsmäßigkeit der Konzeption des Sozialgerichtsgesetzes, Ausschluß einstweiliger Anordnungen vor Rechtshängigkeit - (weitgehend) obligatorisches Vorverfahren, gemessen an Art. 19 Abs. 4 GG	135
2.	Unvollständigkeit der Vorschriften des Sozialgerichtsgesetzes über einstweilige Anordnungen während des Sozialprozesses	141
2.1.	Die formellen und materiellen Gemeinsamkeiten von aufschiebender Wirkung und einstweiliger Anordnung	142
2.2.	Lückenhaftigkeit der Vorschriften des Sozialgerichtsgesetzes über die einstweilige Anordnung während des Sozialprozesses	148
2.2.1.	Der Anwendungsbereich im Sozialgerichtsgesetz geregelter einstweiliger Anordnungen: Auslegung der §§ 130 S. 2, 180 Abs. 6, 181 S. 2 SGG	148
2.2.2.	Die lückenhafte Regelung der einstweiligen Anordnung im Sozialprozeß gemessen am gesetzgeberischen Plan des Sozialgerichtsgesetzes mit Blick auf die anderen Prozeßordnungen	150
II.	Die Ergänzung der unvollständigen Regelung der einstweiligen Anordnung	161
1.	Ergibt sich die Zulässigkeit einstweiliger Anordnungen im Sozialgerichtsgesetz unmittelbar aus Art. 19 Abs. 4 GG?	161

2.	Die Statthaftigkeit der einstweiligen Anordnung in der Sozialgerichtsbarkeit aufgrund von Art. 3 Abs. 1 GG (allgemeiner Gleichheitssatz)	164
3.	Die analoge Anwendung von § 123 VwGO	175
4.	Gibt es einen allgemeinen Grundsatz der gerichtlichen Verfahrensordnungen demzufolge einstweilige Anordnungen auch ohne ausdrückliche positiv-rechtlich Normierung statthaft sind?	181
Teil 5	Die einstweilige Anordnung nach dem Entwurf einer Verwaltungsprozeßordnung (EVPO)	185
I.	Die Ausprägung des vorläufigen Rechtsschutzes de lege ferenda	185
1.	Die aufschiebende Wirkung	185
2.	Die gerichtliche Anordnung oder Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung	190
3.	Die einstweilige Anordnung	192

Literaturverzeichnis

- Baumbach, Adolf/ Lauterbach, Wolfgang/ Albers, Jan/ Hartmann, Peter Zivilprozeßordnung, 35. Auflage, München 1977
zit.: Baumbach/Lauterbach, ZPO
- Baumgärtel, Gottfried Rezension von "Studien zum einstweiligen Rechtsschutz" von Fritz Baur
AcP Bd. 168, S. 401
- Baur, Fritz Studien zum einstweiligen Rechtsschutz
Tübingen 1967
zit.: Studien
- ders. Die Zersplitterung der Rechtspflege - Einige Vorschläge zur Milderung ihrer Folgen.
JZ 1955, S. 303
- ders. Arrest und einstweilige Verfügung in ihrem heutigen Anwendungsbereich
BB 1964, S. 607
- Becker, Hans Der Sofortvollzug kartellbehördlicher Verfügungen
NJW 1965, S. 616
- Benz, Manfred Fragen des Vorverfahrens bei Sozialrechtsstreitigkeiten
BB 1980, S. 782 ff
- Bettermann, Karl August Notwendigkeit, Möglichkeit und Grenzen einer Angleichung der deutschen Verfahrensordnungen
ZZP 1957 (70), S. 161-198
- Blomeyer, Arwed Zivilprozeßrecht, Erkenntnisverfahren
Berlin 1963
zit.: ZivilprozeßR
- Bogs, Walter 80 Jahre Sozialrechtspflege - 10 Jahre Sozialgerichtsbarkeit
DVBl 1964, S. 1 ff
- Brackmann, Kurt Handbuch der Sozialversicherung 1.-9.Aufl. 1976
Sankt Augustin 1980
zit.: Handbuch

- Brändel, Claus Zur Zulässigkeit einstweiliger
 richterlicher Anordnungen in
 Steuersachen
 BB 1965, S. 615
- Breithaupt Sammlung von Entscheidungen aus
 dem Sozialrecht
- Brennert, Joachim Die Novelle zum Sozialgerichts-
 gesetz
 NJW 1975, S. 1491
- Brockhoff -Groh, Manfred Rechtsprechungskommentar,
 Finanzgerichtsordnung
 Bonn 1972
 zit.: RK-FGO
- Bruns, Rudolf Zivilprozeßrecht, 2. Aufl.
 München 1979
 zit.: Zivilprozeß
- Burdenski, Wolfhardt/
 von Maydell, Bernd/
 Schellhorn, Walter Kommentar zum Sozialgesetzbuch,
 Allgemeiner Teil
 Kassel, Berlin, Kronberg 1976
 zit.: SGB AT
- Canaris, Klaus-Wilhelm Die Feststellung von Lücken
 im Gesetz
 Berlin 1964
 zit.: Lücken
- Dapprich, Gerhard Das sozialgerichtliche Verfahren
 Köln-Bonn 1959
 zit.: Verfahren
- De Clerck, Hans Einstweilige Anordnungen im Ver-
 waltungsgerichtsverfahren
 NJW 1956, S. 1337
- Dembrowski, Heinz/
 Schroeder-Printzen, Günther Sozialgesetzbuch, Band 1,
 Allgemeiner Teil, Handbuch
 Köln 1967
 zit.: SGB-AT
- Doetsch/Werner/Schmeling Handbuch zum Sozialrecht
 Köln 1975
 Lieferung Februar 1977
 zit.: HZS
- Eul, Lotte Aufschiebende Wirkung und Aus-
 setzung der Vollziehung im Sozial-
 gerichtungsverfahren
 DOK 1971, S. 701 ff

- Ewald, W. Die Aussetzung des Vollzugs von Verwaltungsakten der Bundesanstalt für Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung SGB 1959, S. 77 ff
- Eyermann, Erich/
Fröhler, Ludwig Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 8. Auflage, München 1980
zit.: VwGO
- Felk, Manfred Gibt es eine einstweilige Verurteilung im Verfahren der Sozialgerichtsbarkeit?
SGB 1971, S. 127
- Finkelburg, Klaus Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren
2. Auflage, München 1977
zit.: Rechtsschutz
- Freitag, Hans Otto Die einstweilige Anordnung im Sozialgerichtsverfahren bei self-executing Normen
SGB 1979, S. 7
- Glücklich Anmerkung zu dem Beschluß des LSG Baden-Württemberg v. 1.8.61
SGB 1962, S. 430
- ders. Anmerkung zu dem Beschluß des LSG Berlin v. 24.5.62
SGB 1963, S. 152
- Grunsky, Wolfgang Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes
JuS 1976, S. 277; 1977, S. 217
- Grunsky, Wolfgang/Leipold, Dieter/Münzberg, Wolfgang/
Schlosser, Peter/Schumann, Ekkehard Kommentar zur Zivilprozeßordnung
20. Auflage 1979
zit.: Stein/Jonas, ZPO
- Gräber, Fritz Finanzgerichtsordnung, Kommentar
München 1977
zit.: FGO
- Hamann, Andreas/
Lenz, Helmut Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland v. 23. Mai 1949; ein Kommentar für Wissenschaft und Praxis
3. Aufl. 1970, Neuwied, Berlin
zit.: Grundgesetz
- Hauck, Karl/
Haines, Hartmut Sozialgesetzbuch, SGB I
Berlin 1976
zit.: SGB I

- Huber, Berthold
Die Entwicklung des Ausländer- und Arbeitserlaubnisrechts im Jahre 1979
NJW 1980, S. 1977
- Hübschmann, Walter /
Hepp, Ernst / Spitaler, Armin
bearbeitet von Paulik, Heinz u.a.
Kommentar zur Abgaben- und Finanzgerichtsordnung
7. Aufl., Stand März 1981
Köln
zit.: Kommentar
- Haueisen, Fritz
Finanzgerichtsordnung und Sozialgerichtsbarkeit - Eine Betrachtung aus Anlaß des Inkrafttretens der neuen Finanzgerichtsordnung am 1. Januar 1966
NJW 1966, S. 81
- ders.
Zur Novellierung des SGG
DOK 1966, S. 456
- ders.
Isolierung der Sozialgerichtsbarkeit?
NJW 1964, S. 626
- ders.
Die einstweilige Verfügung im sozialgerichtlichen Verfahren
NJW 1959, S. 18
- ders.
Die Vereinheitlichung der Verfahrensordnungen aus der Sicht der Sozialgerichtsbarkeit
DVB1 1958, S. 769
- ders.
Die einstweilige Anordnung im Bereich der Sozialgerichtsbarkeit
MDR 1963, S. 881
- ders.
Lücken im System des sozialgerichtlichen Rechtsschutzes
NJW 1963, S. 321
- ders.
Die Sozialgerichtsbarkeit als besondere Verwaltungsgerichtsbarkeit
DOK 1961, S. 481
- ders.
Zur Frage der aufschiebenden Wirkung von Rechtsbehelfen im sozialgerichtlichen Verfahren
DOK 1966, S. 165
- ders.
Anmerkung zum Beschluß des BFH v. 9. 2. 1965
NJW 1965, S. 1682

- Henke, Norbert Grundzüge des Sozialrechts,
1. Auflage 1977
zit.: Grundzüge
- Heintze, Reinhard Der vorläufige Rechtsschutz
Dritter gegenüber genehmigenden
Verwaltungsakten
NJW 1963, 1430
- Hoffmann, Bodo-Falk Die neue verwaltungsgerichtliche
"Eilverfahrensordnung" - zur rich-
terlichen Fortbildung des § 80
Abs. 5 VwGO
DÖV 1976, S. 371
- Hofmann, Kurt /
Schroeter, Kurt Sozialgerichtsgesetz, Hand-
Kommentar
2. Auflage, Berlin, Frankfurt
1957
zit.: SGG
- Jauernig, Othmar Der zulässige Inhalt einst-
weiliger Verfügungen
ZZP 1966 (79), S. 321
- Johannes, Fritz K. Stundung und Erlaß nach Haus-
halts- und Abgabenrecht
RiA 1980, S. 71
- Jordan, F. Anmerkung zum Beschluß des LSG
Berlin vom 3.4.1968
NJW 1969, S. 1598
- Jäger, Horst Sozialversicherungsrecht, Leit-
faden für Praxis und Ausbildung
mit Schaubildern und Bei-
spielen
7. Auflage, Berlin 1975
zit.: Sozialversicherungsrecht
- Klein, Friedrich Tragweite der Generalklausel im
Art. 19 Abs. 4 des Bonner Grund-
gesetzes
VVDStRL 8, S. 67
- Klink, Kurt Eine Reform tut not - auch in der
Sozialgerichtsbarkeit
SGb 1973, S. 431
- Klotz, Erhard Normenkontrolle nach § 47 VwGO
und einstweilige Anordnung
DÖV 1966, S. 186

- Leibholz, Gerhard / Rinck, Hans-Justus Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Kommentar an Hand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts
5. Auflage, Köln 1975
zit.: Kommentar
- Leipold Dieter Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes
München 1971
zit.: Grundlagen
- ders. Strukturfragen des einstweiligen Rechtsschutzes
ZZP 90 (1977), S. 258
- Lipke, Gert-Albert Einstweiliger Rechtsschutz des Betriebsrates bei Mißachtung betriebsverfassungsrechtlicher Beteiligungsrechte nach § 99 BetrVG?
DB 1980, S. 2239
- v.Mangoldt, Hermann / Klein, Friedrich Das Bonner Grundgesetz
2. Auflage (Bd I) 1957, Berlin u. Frankfurt
zit.: Grundgesetz
- Marburger, Horst Verfahren bei den sozialen Dienst- und Sachleistungen
BlStSozArbR 1980, S. 183
- Martin, Rudolph Wie lange noch Rechtlosigkeit durch Versagung einstweiliger Anordnungen im Verwaltungsstreitverfahren?
NJW 1956, S. 1706
- Martens, Hans-Hermann Zur aufschiebenden Wirkung von Rechtsbehelfen bei Honorarkürzung und Regreß
DOK 1970, S. 613
- Martens, Joachim Die Praxis des Verwaltungsprozesses
München 1975
zit.: Praxis
- Maunz, Theodor / Schmidt-Bleibtreu, Bruno / Klein, Franz / Ulsamer, Gerhard Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Kommentar,
Stand September 1979, München
zit.: BVerfGG

- Maunz, Theodor / Dürig,
Günter / Herzog, Roman /
Scholz, Rupert Kommentar zum Grundgesetz
5. Auflage, 18. Lieferung
Stand September 1980, München
zit.: GG
- Mellwitz, Arthur Sozialgerichtsgesetz, Kommentar,
München, Berlin 1956
zit.: Kommentar
- Menger, Christian-Friedrich System des verwaltungsgericht-
lichen Rechtsschutzes
- Eine verwaltungsrechtliche und
prozeßvergleichende Studie -
Tübingen 1954
zit.: System
- Meyer-Ladewig, Jens Sozialgerichtsgesetz mit Er-
läuterungen, Kommentar
1. Auflage, München 1977
zit.: SGG
- ders. Das Gesetz zur Änderung des
Sozialgerichtsgesetzes
BB 1974, S. 1535
- ders. Zur Vereinheitlichung der drei
Verwaltungsgerichtsordnungen
(SGG, VwGO, FGO)
SGb 1977, S. 333
- Miesbach, Hermann /
Ankenbrank, Kurt Sozialgerichtsgesetz,
Kommentar
5. Auflage, Stand: 15. bzw. 11
Ergänzungslieferung,
Frankfurt 1968
zit.: SGG
- Münch, Ingo v. Grundgesetzkommentar
Band 1
Präambel bis Art. 20
München 1975
zit.: Kommentar
- Mutius, Albert v. Zum Verhältnis zwischen vor-
läufigem verwaltungsgericht-
lichem Rechtsschutz, Wahlprüfungs-
verfahren und Verwerfungsmonopol
des Bundesverfassungsgerichts
gem. Art. 100 Abs. 1 GG
VerwArch 1977 (68), S. 197 ff
- ders. Rückforderung überzahlter Beamten-
bezüge - Zu Voraussetzungen und
Umfang des öffentlich-rechtlichen
Erstattungsanspruches -
VerwArch 1980 (7), S. 413 ff

- ders. Zum vorläufigen Rechtsschutz
in der Sozialgerichtsbarkeit
VerwArch 1979 (70), S. 359
- Obermayer, Klaus Bemerkungen zur einstweiligen
Anordnung im Verwaltungsprozeß
in
Gedächtnisschrift für H. Peters,
S. 875 ff
Berlin, New York, Heidelberg 1967
zit.: Gedächtnisschrift H. Peters
- Peters, Horst / Sautter,
Theodor / Wolff, Richard Kommentar zur Sozialgerichtsbar-
keit,
4. Auflage, Stand: 3. bzw. 9.
Nachtrag
Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz
1967
zit.: SGG
- Peters, Horst Sozialgesetzbuch, Allgemeiner
Teil
1. Auflage 1976, Lieferung
Januar 1979
Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz
zit.: SGB AT
- Pipkorn, Jörn Auskunftsansprüche gegenüber
Verwaltungsbehörden
DÖV 1970, S. 171
- Plagemann, Hermann Vorläufiger Rechtsschutz im
Verfahren vor den Sozialgerichten
Essen 1979
zit.: Rechtsschutz
- ders. Die einstweilige Anordnung im
sozialgerichtlichen Verfahren
BLStSozArbR 1979, S. 10
- Quaritsch, Helmut Die einstweilige Anordnung im
Verwaltungsprozeß
VerwArch 1960, S. 210
- Rambeck, Hans Die einstweilige Anordnung im
Verwaltungsprozeß
NJW 1961, S. 1333
- Redeker, Konrad /
Oertzen, Hans Joachim, v. Verwaltungsgerichtsordnung,
6. Auflage
Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz
1978
zit.: VwGO

- Redeker, Konrad Um die Einheit der rechtsprechen-
den Gewalt
NJW 1955, S. 649
- Rohmeyer, Hartwig Geschichte und Rechtsnatur der
einstweiligen Anordnung im
Verwaltungsprozeß
Berlin 1967
zit.: Rechtsnatur
- Rohwer-Kahlmann, Harry /
Ströer, Heinz Sozialgesetzbuch,
Allgemeiner Teil
München 1979
zit.: SGB I
- Rohwer-Kahlmann, Harry Aufbau und Verfahren der Sozial-
gerichtsbarkeit
Kommentar zum Sozialgerichtsge-
setz, Band 1 und 2
4. Auflage, Stand: 23. Lieferung
Mai 1979
zit.: SGG
- ders. Rechtstatsachen zur Dauer des
Sozialprozesses
Berlin, München 1979
zit.: Rechtstatsachen
- Rosenberg, Leo / Schwab,
Karl-Heinz Zivilprozeßrecht, 12. Auflage
München 1977
zit.: Zivilprozeß
- Rotter, Hubertus Wie weit reicht die aufschiebende
Wirkung des Widerspruchs ?
DÖV 1970, S. 660
- Ruckdäschel, Oskar Vorbeugender Rechtsschutz im
Verwaltungsprozeß
DÖV 1961, S. 675 ff
- Sellmann Verwaltungsgerichtsbarkeit und
Sozialgerichtsbarkeit
NJW 1957, S. 1091
- Siegmund-Schultze, Gerhard Die Bedeutung des Suspensiveffekts
bei der Anfechtung von Verwal-
tungsakten
DVBl 1963, S. 745
- Siegmund, R. Das Grundurteil im sozialgericht-
lichen Verfahren
SGB 1957, S. 198

- Spielmeyer, G. Lücken im sozialen Rechtsschutzsystem ?
SGB 1963, S. 189
- Stößner Einstweilige Verfügungen im sozialgerichtlichen Verfahren ?
SGB 1959, S. 378
- Schellhorn, Walter Vorschüsse und vorläufige Leistungen nach dem Entwurf eines SGB-AT-
BiStSozArbR 1974, S. 321
- Schieren, Martin /
Beuster, Horst Sozialgerichtsgesetz, Kommentar, 3. Auflage, Stand November 1975
zit.: SGG
- Schmutzler, Jürgen Die einstweilige Anordnung im Sozialgerichtsverfahren
BiStSozArbR 1976, S. 72
- Schnapp Anmerkung zum Beschluß des Bundesverfassungsgerichts vom 19.10.1977
SGB 1978, S. 343 f
- Schmidt-Bleibtreu, Bruno /
Klein, Franz Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
4. Auflage; Bonn, Neuwied 1977
zit. Kommentar
- Schmidt-Bleibtreu, Bruno /
Fiedler, Jürgen Rechtsschutz gegen den Staat, 2. Auflage 1978
München
zit.: Staat
- Schmidt, R. Vorläufiger Rechtsschutz im sozialgerichtlichen Verfahren
SGB 1980, S. 510 ff
- Schönke, Adolf /
Baur, Fritz Zwangsvollstreckungsrecht, Konkurs- und Vergleichsrecht, 10. Auflage
Heidelberg, Karlsruhe 1978
zit.: ZwangsvollstreckungsR
- Schwankhart, Franz Die Problematik des Rechtsschutzes im sozialgerichtlichen Verfahren
Festschrift für Horst Schieckel 1978, S. 295 f.
zit.: Rechtsschutz

- ders. Rechtsfortbildung im Rahmen der Gesetzesinterpretation
SozVers. 1976, S. 281 ff
- ders. Das soziale Element im Sozialgerichtsverfahren
SozVers. 1975, S. 253
- Schunck, Egon /
De Clerck, Hans Verwaltungsgerichtsordnung
Kommentar
3. Auflage 1977
zit.: VwGO
- Schirmer, Herwig Zur Aufsicht in der Sozialversicherung nach dem Sozialgesetzbuch
BLStSozArbR 1977, S. 105
- Schuerack, F. Zulässigkeit von Einstweiligen Anordnungen in der Sozialgerichtsbarkeit
JA 1978, S. 178 ff; 338 ff
- Teplitzky, Otto Arrest und einstweilige Verfügung
JuS 1980, S. 882
- Thomas, Heinz /
Putzo, Hans Zivilprozeßordnung
9. Auflage
München 1977
zit.: ZPO
- Tschira, Oskar /
Schmitt Glaeser, Walter Verwaltungsprozeßrecht
4. Auflage
Stuttgart, München, Hannover 1980
zit.: Prozeßrecht
- Ule, Carl Hermann Verwaltungsprozeßrecht
7. Auflage
München 1978
zit.: Verwaltungsprozeßrecht
- ders. Änderung des Sozialgerichtsgesetzes ?
VSSR 1979, S. 1 ff
- ders. Zur Vereinheitlichung der gerichtlichen Verfahrensordnungen
DVBl 1958, S. 691
- ders. Verfassungsrecht und Verwaltungsprozeßrecht
DVBl 1959, S. 537 ff
- ders. Wandlungen in der deutschen Verwaltungsgerichtsbarkeit
VR 1979, S. 185

- Wannagat, Georg Rechtsfortbildung durch die sozialgerichtliche Rechtsprechung; Verhandlungen des deutschen Sozialgerichtsverbandes anlässlich des 1. deutschen Sozialgerichtstages am 30./31. Mai 1972, S. 17 ff; Schriftenreihe des Deutschen Sozialgerichtsverbandes, Band X zit.: Rechtsfortbildung
- ders. Die soziale Komponente der Sozialgerichtsbarkeit SGB 1974, S. 361
- Weidner, Viktor Ist der Ausschluß der Armenanwaltsbeordnung in den unteren Instanzen der Sozialgerichtsbarkeit verfassungsmäßig? JZ 1959, S. 622 ff
- Wieseler, Willi Der vorläufige Rechtsschutz gegen Verwaltungsakte Berlin 1967 zit.: Vorläufiger Rechtsschutz
- Wolber, K. Aufschiebende Wirkung der Klage bei Entzug einer laufenden Leistung in der Sozialversicherung? SGB 1975, S. 439
- Zeidler, Erhard Der Suspensiveffekt in der Sozialgerichtsbarkeit (einschl. § 199 Abs. 2 SGG) SchlAnz 1970, S. 214
- Zeihe, Paul-Arthur Das Sozialgerichtsgesetz und seine Anwendung 4. Auflage, 14. Lieferung, Stand 1974, Essen zit.: SGG
- Ziemer, Herbert / Birkholz, Hans / Ernst, Günter / Seeger, Siegbert Finanzgerichtsordnung, Kommentar, 3. Auflage, München 1978 zit.: Ziemer u.a., FGO

1. Teil

Einführung

I. Die einstweilige Anordnung als Problem des Sozialgerichtsprozesses

Angesichts der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 19.10.1977 ¹⁾, in der es um die Verpflichtung der Bundesanstalt für Arbeit zur Erteilung einer vorläufigen Arbeitserlaubnis im Wege der einstweiligen Anordnung ging, könnte man geneigt sein, einer Untersuchung, die sich mit der einstweiligen Anordnung im Sozialgerichtsverfahren beschäftigt, die Rechtfertigung abzusprechen. Das Gericht hat in seinem Beschluß Art. 19 (4) GG dahingehend ausgelegt, daß (auch) bei Vornahmesachen im Sozialgerichtsverfahren, im Gegensatz zur früher herrschenden jedoch sehr umstrittenen Meinung jedenfalls dann vorläufiger Rechtsschutz zu gewähren ist, wenn ohne einen solchen schwere und unzumutbare, anders nicht abwendbare Nachteile entstünden, zu deren nachträglichen Beseitigung die Entscheidung in der Hauptsache nicht mehr in der Lage wäre. Weiter hat es ausgesprochen, daß § 198 (2) SGG einer Interpretation nicht entgegensteht, die es den Sozialgerichten gestattet, über die ausdrücklich im Sozialgerichtsgesetz geregelten Fallarten hinaus zur Vermeidung von schweren und unzumutbaren, anders nicht abwendbaren Nachteilen in entsprechender Anwendung von § 123 VwGO einstweilige Anordnungen zu erlassen. Damit scheint die Frage, die die Rechtsprechung lange Zeit beschäftigte, entschieden zu sein, denn gemäß § 31 (1) BVerfGG binden die Entscheidungen des Verfassungsgerichts u.a. alle Gerichte und Behörden.

1) Beschluß v. 19.10.1977, BVerfGE 46, S. 166

Die Bindungswirkung erstreckt sich ihrem Gegenstand nach auf die Auffassung des Gerichts zur Auslegung der Verfassung als auch darauf, welche Interpretation des einfachen Gesetzes sich mit der Verfassung verträgt. ¹⁾ Der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts kommt ferner nach § 31 (2) BVerfGG Gesetzeskraft zu, wenn bei Verfassungsbeschwerden über die Gültigkeit bzw. Ungültigkeit von Normen befunden wird. ²⁾

Das Bundesverfassungsgericht will jedoch - wie auch in dem Beschluß zum Ausdruck kommt - die Bindungswirkung seiner Entscheidung u.a. nur darauf beschränkt wissen, daß die in der Vergangenheit von der Rechtsprechung gepflegte Auslegung des § 198 (2) SGG mit Art. 19 (4) GG nicht zu vereinbaren ist. Die Wahl unter den verschiedenen methodischen Möglichkeiten, die vom Verfassungsgericht festgestellte und als grundgesetzwidrig angesehene Regelungslücke zu schließen, soll trotz der vom Gericht favorisierten Lösung über § 123 VwGO analog als Frage des einfachen Rechts den Sozialgerichten vorbehalten bleiben. ³⁾

Die Arbeit beschäftigt sich somit insbesondere mit der Frage, wie die vom Verfassungsgericht festgestellte Lückenhaftigkeit zu schließen ist. Dies geschieht jedoch nicht ohne die These von der Unvollständigkeit des Sozialgerichtsgesetzes, im Hinblick auf einstweilige Anordnungen kritisch zu beleuchten und dabei auf Aspekte hinzuweisen, mit denen sich das Verfassungsgericht wenig oder gar nicht auseinandergesetzt

1) zum Umfang der Bindungswirkung s. Maunz/
Schmidt-Bleibtreu/u.a., BVerfGG, § 31 Rdn. 15 ff.

2) ders., a.a.O., § 31 Rdn. 33

3) BVerfGE 46, S. 184

hat ¹⁾, um auf diese Weise den Sozialprozeß wissenschaftlich zu durchdringen. ²⁾

So erfahren auch die bisher vertretenen Auffassungen in Rechtsprechung und Literatur eine Würdigung und werden auf ihre Stichhaltigkeit hin untersucht. Hierbei wird deutlich werden, daß die Literatur Pilotfunktion für die Rechtsprechung hatte, da sich letztere anfangs nur sehr zögernd dann jedoch eingehend mit den von der Wissenschaft vorgebrachten Argumenten auseinandersetzte, um sie schließlich - wenn auch erst nach der o.g. Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts - wenigstens teilweise zu übernehmen.

Nun mag auch hier der Hinweis erfolgen, der beabsichtigte Gesetzesentwurf der Bundesregierung für eine einheitliche Verwaltungsprozeßordnung, dem der Entwurf des Koordinierungsausschusses zur Vereinheitlichung von Verwaltungs- und Finanzgerichtsordnung sowie des Sozialgerichtsgesetzes (EVPO) zu Grunde gelegt werden soll, führe auch im Bereich der Sozialgerichtsbarkeit die allgemeine Statthaftigkeit der einstweiligen Anordnung ein ²⁾, und der bekannte Federstrich des Gesetzgebers werde in absehbarer Zeit Diskussionen überflüssig machen.

Die Ansichten über den Zeitpunkt des Inkrafttretens einer einheitlichen Verwaltungsprozeßordnung

1) anders beispielsweise BVerfGE 9, S. 124 ff. (133), dort befaßte sich das Verfassungsgericht mit der Verfassungsmäßigkeit des Ausschlusses der Armenanwaltsbeordnung in den unteren Instanzen der Sozialgerichtsbarkeit und ging dabei auch auf den Gesichtspunkt (materielles) Sozialrecht als Recht der Daseinsvorsorge und Leistungsverwaltung ein, mit dem das seiner Durchsetzung dienende Recht, das Sozialgerichtsgesetz, korrespondiere; kritisch äußert sich Weidner, JZ 1959, S. 624 zu den Ausführungen des Gerichts, das zu dem Ergebnis kam, im Sozialgerichtsverfahren erster und zweiter Instanz sei der unbemittelten Partei die Verwirklichung ihres Rechtsschutzes auch ohne die Möglichkeit der Anwaltsbeordnung gewährleistet; vgl. §§ 72 Abs. 5 u. 167 SGG

2) s. die Kritik von Schuwerack, JA 1978, S. 340 f.

3) s. §§ 150 ff. (153) EVPO

gehen jedoch auseinander ¹⁾, so daß noch nicht - wenn überhaupt - abzusehen ist, wie lange die jetzige Rechtslage fort dauert. Daher wird die Sozialgerichtsbarkeit voraussichtlich noch einige Zeit ihren Entscheidungen die im Urteil des Bundesverfassungsgerichts entwickelten Maßstäbe mit all den offenen Fragen, zu deren Lösung diese Arbeit einen Beitrag leisten will, zu Grunde legen müssen.

Besonders im Hinblick auf ein Inkrafttreten der einheitlichen Verwaltungsprozeßordnung für die drei Verwaltungsgerichtszweige wird auch eingehend geprüft, ob und inwiefern - unter Miteinbeziehung des materiellen Sozialrechts - ein Regelungsbedarf für einstweilige Anordnungen im Anwendungsbereich der Sozialgerichtsbarkeit besteht.

II. Überblick über den Gang der Arbeit

Von wenigen Ausnahmen in Rechtsprechung ²⁾ und Literatur ³⁾ abgesehen, widmete man dem vorläufigen Rechtsschutz und insbesondere der einstweiligen Anordnung im Bereich der Sozialgerichtsbarkeit bis in die jüngste Vergangenheit hinein nur geringe Aufmerksamkeit.

1) v. Mutius, VerwArch 1979, S. 375;
Ule, Verwaltungsrundschau 1979, S. 189

2) s. S. 95 ff.

3) s. S. 82 ff.

Für diese im Vergleich zur Diskussion in anderen Prozeßordnungen ¹⁾ reichlich stiefmütterliche Behandlung der hier zur Lösung anstehenden Probleme bieten sich zwei Erklärungsmöglichkeiten an. Das Bedürfnis, die einstweilige Anordnung im Sozialgerichtsprozeß allgemein einzuführen, könnte wegen der besonderen Qualität des Sozialrechts als Normengefüge der Leistungsverwaltung ²⁾ tatsächlich geringer einzustufen sein als in anderen Prozeßordnungen. ³⁾ Es ist aber andererseits nicht auszuschließen, daß aufgrund der konsequent ablehnenden und als überzeugend angesehenen Spruchpraxis der Gerichte, die Stellung eines Antrags auf einstweilige Anordnung von vornherein aussichtslos erscheinen mußte, insbesondere weil auch die Kritik in der Literatur nur sehr vereinzelt einsetzte.

Der sich an die Darstellung im Sozialgerichtsgesetz und Sozialrecht bereits geregelter Formen des vorläufigen

-
- 1) so u.a. die Monographien von Finkelnburg, Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren; Baur, Studien zum einstweiligen Rechtsschutz; Leipold, Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes; Rohmeyer, Geschichte und Rechtsnatur der einstweiligen Anordnung im Verwaltungsprozeß
 - 2) so EVPO, Begründung, S. 322; Bettermann, ZZP 70, S. 193; auf die enge Verzahnung von materiellem und Verfahrensrecht macht auch Haueisen, DVBl 1958, S. 770; ders., NJW 1964, S. 625 im Rahmen der Diskussion um die Vereinheitlichung der Prozeßordnungen aufmerksam und betont, Inhalt und angesprochener Personenkreis würden es nicht rechtfertigen, die Grundfragen des Prozeßrechts in SGG und VwGO verschieden zu gestalten.
 - 3) Die Ergebnisse der Rechtstatsachenforschung deuten darauf hin, daß allein die Verfahrensdauer diesen Umstand nicht zu erklären vermag. Die Dauer des Sozialprozesses ist mit durchschnittlich 16 Monaten und 9 Tagen nur wenig länger als die des allgemeinen Verwaltungsgerichtsprozesses und erheblich kürzer als die des Finanzprozesses mit rund 24 Monaten; hierzu s. ausführlich Rohrer-Kohlmann, Rechtstatsachen, S. 201 ff.; s.a. Leipold, Grundlagen, S. 11, der auf die Interdependenz zwischen der (häufigen) Inanspruchnahme des vorläufigen Rechtsschutzes und der Verfahrensdauer beim Zivilprozeß aufmerksam macht; vgl. ferner Baumgärtel, AcP 168, S. 401

Rechtsschutzes anschließende dritte Teil, über die Auffassungen von Literatur und Rechtsprechung zur allgemeinen Statthaftigkeit einstweiliger Anordnungen, soll jedoch nicht der geringen Ertrag versprechenden Erforschung von Motiven dienen. Vielmehr werden dort die Argumente der maßgebenden Gerichtsentscheidungen und Literaturmeinungen für und gegen die allgemeine Statthaftigkeit einstweiliger Anordnungen aufgezeigt, um sie später im vierten Teil der Arbeit kritisch würdigen zu können. In den Abschnitten II und III des zweiten Teils wird der im Sozialgerichtsgesetz (ausdrücklich) geregelte einstweilige Rechtsschutz, sowohl in Form der einstweiligen Anordnung als auch der aufschiebenden Wirkung beschrieben, da beide Arten gleichermaßen verhindern sollen, daß bis zur endgültigen Entscheidung in der Hauptsache das (vermeintliche) Recht des Antragstellers bzw. Betroffenen durch die Schaffung vollendeter Tatsachen vereitelt wird ¹⁾.

Die enge Verwandtschaft zwischen materiellem Recht, das vorläufige Regelungen trifft oder dazu ermächtigt und Verfahrensrecht, das Rechtsbehelfe mit Suspensiveffekt ausstattet oder dem Gericht die Befugnis zum Erlaß einstweiliger Anordnungen bzw. Verfügungen gibt, ist in der Rechtswissenschaft anerkannt ²⁾.

1) Leipold, Grundlagen, S. 38 ff. (41); Quaritsch, VerwArch 1960, S. 221; vgl. auch die amtliche Begründung zur VwGO in BT-Drucks. 3. Wahlperiode Nr. 55, S. 44; EVPO, Begründung, S. 321

2) Leipold, Grundlagen, S. 58; BVerfGE 46, S. 166 (179): Art. 19 (4) GG fordere vorläufigen Rechtsschutz ... in Form der einstweiligen Anordnung, soweit nicht materiell-rechtliche Zwischenregelungen eingriffen; vgl. ferner Burdenski/v. Maydell/Schellhorn, SGB -AT- § 42 Rdn. 43; § 43 Rdn. 44

Im Rahmen der Darstellung bereits gesetzlich fixierter Formen des vorläufigen Rechtsschutzes werden daher die §§ 42, 43 SGB-AT - mit in die Betrachtung einbezogen (2. Teil, Abschnitt IV), denn diese Vorschriften des materiellen Rechts haben natürlich auch (vorläufige) Rechtsschutzfunktion, weil die Normadressaten ihr Verhalten in der Regel entsprechend ausrichten (werden)¹⁾.

Entsprechend dem herkömmlichen dogmatischen Verständnis des vorläufigen Verfahrens als summarisches (Erkenntnis-) Verfahren zur Sicherung materieller Rechte wird der vorläufige Rechtsschutz gegen Maßnahmen im Rahmen der Zwangsvollstreckung ausgeklammert²⁾.

Die Bestandsaufnahme des normierten vorläufigen Rechtsschutzes unter Einarbeitung der hierzu ergangenen Rechtsprechung und Literatur dient dazu, die These von der Lückenhaftigkeit des sozialgerichtlichen Rechtsschutzes und die verschiedenen zur Lückenausfüllung unternommenen Versuche, unter Berücksichtigung der beiden anderen Verwaltungsprozeßordnungen, einer kritischen Prüfung zu unterziehen. Im vierten Teil der Arbeit werden auf dieser Grundlage eigene Gedanken und Vorschläge zur einstweiligen Anordnung im Sozialprozeß entwickelt.

1) Andererseits genügt auch das Verfahrensrecht keinem Selbstzweck, sondern dient dazu, das materielle Recht zu verwirklichen (str.); Hauelsen, DVBl 1958, S. 769; Mutius, VerwArch 70, S. 372; Plagemann, Rechtsschutz, Anm. 241

2) z.B. § 199 (2, 3) SGG, der sich nur auf die Aussetzung der Vollstreckung von gerichtlichen Entscheidungen bezieht, jedoch nicht die Befugnis gibt, einstweilige Anordnungen zu treffen, wenn vollstreckbare Entscheidungen noch nicht vorliegen; Blomeyer, ZZP 65, S. 54; Rosenberg/Schwab, Zivilprozeß, § 1 IV 2; Schönke-Baur, ZwangsvollstreckungsR., S. 231, 233; Felk, SGB 1971, S. 128; Baumgärtel, AcP 168, S. 402; a.A. Baur, Studien, S. 9 ff.; ähnlich Plagemann, Rechtsschutz, S.114 ff.

Im fünften Teil steht schließlich der Entwurf einer Verwaltungsprozeßordnung (EVPO), der das Gerichtsverfahrensrecht der drei Verwaltungsprozeßordnungen¹⁾ in einem Gesetz zusammenfassen soll, im Blickpunkt. Auf der Grundlage der in den vorangehenden Teilen der Arbeit gewonnenen Erkenntnisse wird die vorgesehene Regelung der einstweiligen Anordnung aus der Perspektive der Sozialgerichtsbarkeit vorgestellt und kritisch beleuchtet.

1) Sozialgerichtsgesetz vom 3. September 1953
(BGBl. I S. 1239, 1326);
Verwaltungsgerichtsordnung vom 21. Januar 1960
(BGBl. I S. 17);
Finanzgerichtsordnung vom 23. Juli 1965
(BGBl. I S. 1477)

2. Teil

Formen des vorläufigen Rechtsschutzes im Sozialgerichtsgesetz sowie im materiellen Sozialrecht mit Blick auf Finanz- und Verwaltungsgerichtsordnung

I. Vergleichende Überlegungen zu Aspekten des vorläufigen Rechtsschutzes in den drei Verwaltungsgerichtsordnungen ¹⁾

Ausgehend von der Zivilprozeßordnung eroberte der vorläufige Rechtsschutz, sei es im Wege der Gesetzgebung, ²⁾, sei es im Wege der Rechtsprechung, ³⁾ fast alle Gerichtsverfahrensordnungen.

Die Ausprägung in den verschiedenen Gesetzen weicht jedoch voneinander ab, so daß ein Blick auf die anderen neben dem Sozialgerichtsgesetz bestehenden Verwaltungsgerichtsordnungen für die Arbeit fruchtbar zu sein scheint, um die Besonderheiten des Sozialprozesses besser zu verstehen.

1) Zu einer vergleichenden Betrachtungsweise insbesondere Haueisen, DVBl 1958, S. 771; ders., NJW 1966, S. 81, 86; aufschlußreich ferner ders., NJW 1964, S. 628, wo der Autor auf die Verbindungen zwischen Verwaltungs-, Arbeits-, Finanz- und Sozialgerichtsbarkeit hinweist. Vgl. aber auch Sellmann, NJW 1957, S. 1091, der die Parallelen zwischen Sozialgerichtsbarkeit und Zivil- sowie Arbeitsgerichtsbarkeit betont. Auf die von den Verwaltungsgerichten unabhängige Entwicklung der Sozialgerichte macht auch Ule, DVBl 1958, S. 695 aufmerksam; Bettermann, ZZP 70, S. 195 findet dagegen, die Verwandtschaft zwischen Sozial- und allgemeiner Verwaltungsgerichtsbarkeit sei größer als die von Sozial- und Zivilprozeß

2) bspw. § 47 Abs. 7 VwGO eingefügt durch Gesetz v. 24.8.1976 (BGBl. I S. 2437)

3) nunmehr BVerfGE 46, S. 166 für das Sozialgerichtsgesetz

Im Unterschied zu den Streitigkeiten in Zivilsachen stehen sich im Verfahren vor den allgemeinen und besonderen Verwaltungsgerichten, wenn auch die sog. Parteistreitigkeiten hier z.T. breiten Raum einnehmen, grundsätzlich Träger einseitiger und hoheitlicher Regelungsbefugnis auf der einen und der Bürger auf der anderen Seite gegenüber. Der spezifische vorläufige Rechtsschutz gegenüber einseitigen, belastenden Eingriffen der öffentlichen Gewalt in Form von Verwaltungsakten ist die aufschiebende Wirkung von Rechtsbehelfen, in den Verwaltungsverfahren durch Widerspruch (Einspruch), in den Verwaltungsgerichtsverfahren durch Anfechtungsklage. Diese typischen Rechtsschutzformen haben naturgemäß kein Pendant in den Vorschriften über das abgekürzte Erkenntnisverfahren zur Bewirkung von einstweiligen Maßnahmen nach §§ 935 ff. Zivilprozeßordnung.

Die aufschiebende Wirkung von Widerspruch und Klage faßt das Sozialgerichtsgesetz (SGG) nicht wie die Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) in § 80 VwGO in einer Vorschrift zusammen, sondern regelt den Suspensiveffekt für Widerspruch und Klage getrennt in § 86 (2-4) SGG einerseits und § 97 SGG andererseits. Im Gegensatz zum umfassenden nur mit einem kleinen, allerdings wegen §§ 80 (2) Ziff. 3 und 187 (3) VwGO offenen Ausnahmekatalog versehenen § 80 (2) VwGO, tritt der Suspensiveffekt in den vorstehend genannten sozialgerichtsgesetzlichen Normen nur bei gewissen Fallgruppen ein ¹⁾. Anders als die allgemeine

1) Haueisen, NJW 1966, S. 86 bemerkt, daß § 97 SGG nicht alle Fälle deckt, in denen ein Bedürfnis nach vorläufigem Rechtsschutz bestehe. Nach Ule, DVBl 1958, S. 697 sind diese Unterschiede im vorläufigen Rechtsschutz der Gerichtsverfahrensordnungen dagegen nur äußerlicher Natur.

Verwaltung nach § 80 (2) Ziff. 4 VwGO kann gemäß § 86 (2) SGG im Falle des Widerspruchs gegen die Entziehung von Leistungen nicht die sofortige Vollziehung durch den zunächst weiter zahlungspflichtigen Leistungsträger angeordnet werden. Während die Aussetzung der Vollziehung nach §§ 86 (3, 4), 97 (2) SGG nur auf Antrag möglich ist, bedarf es der Einlegung eines Antrags nach § 80 (4) VwGO nicht. Ferner setzt § 97 (2) SGG im Gegensatz zu § 80 (4) VwGO die Einlegung der Anfechtungsklage, also Rechtshängigkeit, voraus.¹⁾

Des weiteren unterscheidet sich auch die einstweilige Anordnung nach VwGO und SGG. Während im SGG die einstweilige Anordnung in §§ 130 S. 2, 175 S. 3, 180 (6), 181 S. 2 verstreut geregelt ist, und mit Ausnahme von § 130 S. 2 SGG Entscheidungen im Rechtsmittel- und Vollstreckungsverfahren vorbehalten bleibt, ist der Antrag auf Erlass einer Anordnung gemäß § 123 VwGO zu jedem Zeitpunkt und in jeder Angelegenheit statthaft.

Die Konzeption des vorläufigen Rechtsschutzes im SGG unterscheidet sich auch von der anderen besonderen Verwaltungsprozeßordnung, der Finanzgerichtsordnung (FGO). Zwar ist Einspruch und Anfechtungsklage gemäß § 69 FGO grundsätzlich keine aufschiebende Wirkung beizumessen. Wie jedoch ein Blick auf § 69 (3) FGO zeigt, schließt dieser, hinsichtlich der Art der anzufechtenden Bescheide bereits in § 80 (2) Ziff. 1 VwGO anzutreffende Verfahrensgedanke, einen umfassenden Rechtsschutz nicht aus. Die unterschiedliche Ausgestaltung von VwGO und FGO einerseits und SGG andererseits zeigt sich eben-

1) statt aller Meyer-Ladewig, SGG, § 97 Rdn. 14

so bei § 114 FGO, der § 123 VwGO entspricht, nicht aber den §§ 130 S. 2, 175 S. 3, 180 (6), 181 S. 2 SGG.

Bei einer vergleichenden Betrachtung der drei Verfahrensordnungen darf § 198 (2) SGG nicht außer acht gelassen werden, der ebenso wie die Vorschriften der Zivilprozeßordnung über die einstweilige Verfügung und den Arrest in systemwidriger Weise im Unterabschnitt Vollstreckung angesiedelt ist. Die Auslegung der Vorschrift, die schon in den ersten Jahren nach Inkrafttreten des Sozialgerichtsgesetzes, Rechtsprechung und Literatur beschäftigte, nimmt breiten Raum bei der Diskussion über die Statthaftigkeit der einstweiligen Anordnung im Sozialgerichtsverfahren ein. Eine dem § 198 (2) SGG entsprechende Vorschrift findet sich weder in der Verwaltungs- noch in der Finanzgerichtsordnung. Sie würde auch keine (Auslegungs)probleme verursachen, da die Zulässigkeit von einstweiligen Anordnungen dort ausdrücklich vorgesehen ist.

Ferner ist auf § 202 SGG hinzuweisen, der mit § 173 VwGO und § 155 FGO korrespondiert, und - vorbehaltlich einer später stattfindenden Prüfung - durch seine ausdrückliche Verweisung auf die Zivilprozeßordnung bzw. das Gerichtsverfassungsgesetz möglicherweise den Rückgriff auf allgemeine Grundsätze oder auf den vorläufigen Rechtsschutz entsprechend der VwGO bzw. FGO sperrt.¹⁾

Ohne hier schon näher darauf einzugehen, inwieweit der im Vergleich zu VwGO und FGO anscheinend nicht so umfassend ausgeformte vorläufige Rechtsschutz des

1) Bettermann, ZZP 70, S. 195 sieht die generelle Verweisung des § 202 SGG auf die ZPO statt auf die VwGO als verfehlt an.

Sozialgerichtsgesetzes möglicherweise von der Sache her geboten ist, ist bei den folgenden Ausführungen immer zu bedenken, daß das Sozialgerichtsgesetz aus dem Jahre 1953 die älteste der drei Verwaltungsgerichtsordnungen SGG, FGO und VwGO ist. ¹⁾ Das Sozialgerichtsgesetz scheint - trotz gewisser Novellierungen - jedenfalls von seinem Konzept her nicht an der teilweise stürmischen Entwicklung in (Verfassungs-) Rechtsprechung und Literatur zu Rechtsschutzfragen teilgenommen zu haben. ²⁾ So war beispielsweise in den fünfziger Jahren noch die Zulässigkeit einstweiliger Anordnungen im Verwaltungsprozeß umstritten. ³⁾ Selbst der vorläufige Rechtsschutz im Normenkontrollverfahren, dessen Statthaftigkeit lange Zeit bezweifelt wurde ⁴⁾, ist nunmehr mit Wirkung vom 1.1.1977 durch Gesetz vom 24.8.1976 (BGBl. I S. 2437) in die Verwaltungsgerichtsordnung aufgenommen.

- 1) Die VwGO vom 21.1.1960 (BGBl. I S. 17) trat am 1.4.1960 in Kraft.
Die FGO vom 23.7.1965 (BGBl. I S. 1477) wurde am 1.1.1966 wirksam.
- 2) zu diesen Aspekten und zur Entstehungsgeschichte s. Eul, DOK 1971, S. 705 ff.
- 3) s. Eyermann/Fröhler, VwGO, § 123 Anm. 1; ferner Martin, NJW 1956, S. 1706
- 4) s. Obermayer, Gedächtnisschrift H. Peters, S. 887 f. m.w.N.; Klotz, DÖV 1966, S. 186; Kupfer, DÖV 1970, S. 74; Eyermann/Fröhler, VwGO (5. Auflage), § 123 Anm. 16

II. Die aufschiebende Wirkung von Widerspruch und Anfechtungsklage nach dem Sozialgerichtsgesetz

Die allgemeinen und besonderen Verwaltungsgerichtsgesetze kennen neben einstweiligen Anordnungen (§ 123 VwGO, § 114 FGO, § 130 S. 2 SGG) die konstruktiv anders ausgestaltete aufschiebende Wirkung von Widerspruch und Klage. Zwar werden die verwaltungsgerichtlichen Vorschriften zur Hemmung der Vollziehung teilweise eher dem Vollstreckungs- als dem Erkenntnisverfahren zugeordnet und könnten daher von der Untersuchung auszunehmen sein.¹⁾ Ziel der aufschiebenden Wirkung ist jedoch (auch), daß das (behauptete) Recht des Betroffenen nicht durch die Schaffung vollendeter Tatsachen illusorisch gemacht wird. Daher besteht eine enge Verwandtschaft zwischen aufschiebender Wirkung und einstweiliger Anordnung, die keine entscheidenden strukturellen Unterschiede erkennen läßt.²⁾ Das Sozialgerichtsgesetz regelt die aufschiebende Wirkung für Widerspruch und Klage getrennt in § 86 (2 - 4) SGG und § 97 SGG. Ferner sind hier im Gegensatz zur Verwaltungsgerichtsordnung Widerspruch und Anfechtungsklage grundsätzlich nicht mit aufschiebender Wirkung ausgestattet. Die beiden zuvor genannten Normen lassen von diesem Grundsatz gewisse Ausnahmen zu, deren Aufzählung nach h.M. abschließend ist und daher einer Erweiterung bzw. Analogie nicht zugänglich sein soll.³⁾

1) vgl. Baur, Studien, S. 9 ff. (Lehre vom primären und sekundären vorläufigen Rechtsschutz); Eul, DOK 1971, S. 702

2) s. dazu ausführlich Leipold, Grundlagen, S. 38 ff.; Plagemann, Rechtsschutz, Anm. 2; EVPO, Begründung S. 321; so galt beispielsweise die einstweilige Anordnung nach § 64 VGG RH.-Pf. sowohl für Anfechtungs- als auch Vornahmesachen, s. dazu De Clerck, NJW 1956, S. 1337

3) Schieren/Beuster, Kommentar, Anm. 2 zu § 86; Eul, DOK 1971, S. 702

Entsprechend einer auch an systematischen Gesichtspunkten orientierten Betrachtungsweise wird daher der Blick zunächst auf § 86 (2-4) SGG gerichtet sein, um dann später auf § 97 SGG überzugehen.

1. Die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs und die Aussetzung der Vollziehung nach § 86 Abs. 2 bis 4 SGG

1.1. Die Entbehrlichkeit eines Vorverfahrens in Angelegenheiten der Unfall- und Rentenversicherung sowie der Kriegsopferversorgung gemäß § 78 Abs. 2 SGG

In § 78 (2) SGG werden verschiedene Bereiche genannt, in denen das Vorverfahren nicht Zulässigkeitsvoraussetzung ¹⁾ für die Anfechtungsklage ist, und dem Betroffenen die Wahl zwischen Vorverfahren und unmittelbarer Klage offensteht (Sprung- oder Wahlklage) ²⁾. Erhebt er sofort, d.h. ohne Widerspruch gegen den Verwaltungsakt einzulegen, Anfechtungsklage, so bestimmt sich sein vorläufiger Rechtsschutz nach § 97 SGG.

Bei Durchführung des fakultativen Vorverfahrens gilt § 86 (2-4) SGG. § 78 (2) SGG wurde in das Sozialgerichtsgesetz aufgenommen ³⁾, weil ein allgemeines Vorverfahren Bereiche erfaßt hätte, für die ein Widerspruchsverfahren bis zu diesem Zeitpunkt nicht existierte. Seinerzeit wandte man sich gegen die Belastung der betreffenden Verwaltungszweige mit Vorverfahren, da man auch insgesamt eine Verlängerung der Verfahrensdauer befürchtete. ⁴⁾

1) Zum Vorverfahren als Prozeßvoraussetzung s. BSGE 4, 246 ff.

2) Meyer-Ladewig, SGG, § 78 Anm. 8

3) Das Gesetz zur Änderung des SGG vom 30.7.1974 ist (BGBl. I S. 1625) in Kraft getreten mit Wirkung vom 1.1.1975. Ziel: Verfahrensbeschleunigung und -anpassung so Meyer-Ladewig, BB 1974, S. 1535

4) kritisch Ule, VSSR 1974, 4 f.; Meyer-Ladewig, SGG, § 78 Anm. 8

Bei der Sprungklage wird der Kläger allerdings berücksichtigen müssen, daß, im Unterschied zu § 86 (2) SGG, die Anordnung der aufschiebenden Wirkung in den Fällen des § 97 (2) SGG im Ermessen des Gerichts steht. Daher wird in diesen Fällen zunächst die Einlegung des Widerspruchs angezeigt sein.

Jedoch darf auch nicht verkannt werden, daß dann unter Umständen eine Verlängerung der Verfahrensdauer in Kauf genommen werden muß.

Entscheidet sich der Betroffene zunächst für die Durchführung eines Vorverfahrens, tritt die aufschiebende Wirkung unter den Voraussetzungen des § 86 (2) SGG oder nach Antrag gemäß § 80 (3, 4) SGG ein.

Ausgenommen von der Möglichkeit der sog. Wahl- oder Sprungklage ist natürlich die Anfechtung von Ermessensakten, da mangels Prüfungskompetenz der Gerichte nur in einem Vorverfahren der richtige Gebrauch des Ermessens, insbesondere im Hinblick auf die Zweckmäßigkeit, umfassend überprüft werden kann, und daher das Vorverfahren auch im Interesse des Betroffenen liegt. ¹⁾

Ein Vorverfahren ist dagegen zwingend, wenn der Betroffene eine Anfechtungsklage, die für sich genommen die Voraussetzungen des § 86 (2) SGG erfüllt, mit anderen Klagearten verbindet. ²⁾

Im Zusammenhang mit § 78 (2) SGG ist noch § 85 (4) SGG zu nennen, der ebenfalls durch das Änderungsgesetz vom 30.7.1974 (BGBl. I S. 1625) eingeführt wurde und kein Pendant in der Verwaltungs-

1) Meyer-Ladewig, a.a.O., § 78 Anm. 9

2) BSGE 3, S. 293 ff.

und Finanzgerichtsordnung hat. Auch dieser Vorschrift liegt der Gedanke zugrunde, die Versicherungsträger zu entlasten und das Verfahren zu beschleunigen ¹⁾. Bis zur Abgabe an das zuständige Sozialgericht tritt die aufschiebende Wirkung unter den Voraussetzungen von § 86 (2 - 4) SGG ein. Mit Zugang beim Sozialgericht bestimmt sich der Suspensiveffekt nach § 97 SGG. Eine Ausnahme vom Vorverfahrenszwang sieht auch § 78 (1) S. 2 Nr. 1 SGG vor. Weitere Vorschriften, nach denen ein Widerspruchsverfahren entbehrlich ist bzw. durch ein anderes Verfahren ersetzt wird, finden sich in der RVO (vgl. §§ 368 m (5), 368 i (5), 368 b (7), 368 n (4) S. 7), aber auch in anderen Gesetzen wie beispielsweise in § 57 (3) S. 2 SGB.

In diesen Fällen wird vorläufiger Rechtsschutz in der Form der aufschiebenden Wirkung nach Maßgabe von § 97 SGG von Klageerhebung an bzw. im Rahmen des besonderen Verwaltungsverfahrens gewährt (vgl. § 368 (4) RVO) ²⁾.

Zwar enthält der durch Gesetz zur Änderung des Sozialgerichtsgesetzes vom 30.7.1974 (BGBl. I S. 1625) mit Wirkung vom 1.1.1975 neugefaßte § 78 SGG einige Abweichungen gegenüber § 68 VwGO. Jedoch sind im übrigen, abgesehen von § 78 (2) SGG und § 86 (2 - 4) SGG, die Vorverfahren nach dem Sozialgerichtsgesetz und der Verwaltungsgerichtsordnung durchaus vergleichbar. Demgegenüber ist das der Finanzgerichtsbarkeit in ein Verwaltungsverfahrensgesetz, der Abgabenordnung, gefaßt und als Widerspruchs- bzw. Beschwerdeverfahren ausgestal-

1) zur Kritik an dieser Vorschrift siehe Meyer-Ladewig, a.a.O., § 85 Anm. 8; ferner ders., BB 1974, S. 1536

2) zu weiteren Ausnahmen vom Vorverfahrenszwang, ders., SGG, § 78 Anm. 7

tet. Eine Sprungklage ist dort nach Maßgabe von § 45 FGO zulässig, setzt aber die Zustimmung der Behörde voraus.

1.2. Die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs
nach § 86 Abs. 2 SGG¹⁾

Im Anwendungsbereich des Sozialgerichtsgesetzes hat nur der Widerspruch gegen Verwaltungsakte, die

- die Kapitalabfindung von Versicherungsansprüchen,
- die Rückforderung von Beiträgen oder sonstigen Leistungen betreffen oder
- in der Sozialversicherung eine laufende Leistung entziehen,

aufschiebende Wirkung. Der Gesetzgeber will durch § 86 (2) SGG erreichen, daß erhebliche Eingriffe in den Lebensunterhalt erst erfolgen, wenn die Sach- und Rechtslage erschöpfend verhandelt ist und die Leistungs- oder Rückerstattungspflicht endgültig feststeht. ²⁾ Ferner, und dies gilt insbesondere für die zweite Alternative von § 86 (2) SGG, soll die Auflösung von Versicherungsverhältnissen vor der Beendigung des Rechtsstreits vermieden werden, da eine Rückzahlung das Versicherungsverhältnis auflösen bzw. zum Erlöschen bringen kann. ³⁾

Durch die enumerative Aufzählung der Angelegenheiten, in denen der Widerspruch ausnahmsweise aufschiebende Wirkung hat, wird nach h.M. der Ausnahmecharakter dieser Form vorläufigen Rechts-

1) Zum Vorverfahren als Prozeßvoraussetzung vgl. BSGE 4, 246 ff: Prozeßvoraussetzung heißt, daß die betreffende Klage unzulässig ist, wenn das Vorverfahren bis zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Gerichtsverhandlung nicht durchgeführt wurde.

2) Meyer-Ladewig, SGG, § 86 Anm. 4; Miesbach/Ankenbrank, SGG, § 86 Anm. 5

3) Plagemann, Rechtsschutz, Anm. 6

schutzes in der Leistungsverwaltung betont.¹⁾
Bei der Anwendung von § 86 (2) SGG ist zu beachten, daß nur der durch Verwaltungsakt angeordnete Entzug von laufenden oder bereits gewährten Leistungen ausgesetzt wird. Dagegen erfaßt die Vorschrift nicht Fälle, in denen Leistungen versagt werden, deren Gewährung erstmals oder neu beantragt wurde.²⁾
Jedoch taucht an dieser Stelle die Frage nach der analogen Anwendung der Vorschrift und, falls dies verneint wird, die der Zulässigkeit einer einstweiligen Anordnung auf. Hier ist lediglich festzustellen, daß die überwiegende Meinung in Rechtsprechung und Literatur im Hinblick auf die § 86 (2) SGG zu Grunde liegenden Rechtsgedanken die dort genannten Alternativen, wie auch bei § 86 (3) SGG, als abschließend und daher nicht erweiterungsfähig ansieht.³⁾

Ebenso wie man vergeblich nach einer Generalklausel für belastende Verwaltungsakte sucht, findet man auch keine § 80 (1) 2 VwGO entsprechende Regelung, die dem Widerspruch gegen rechtsgestaltende bzw. feststellende Verwaltungsakte aufschiebende Wirkung zuerkennt.⁴⁾ Die Möglichkeit einer so-

-
- 1) Rohwer-Kahlmann, SGG, § 86 Anm. 5; Schieren/Beuster, SGG § 86 Anm. 2; Peters/Sautter/Wolff, SGG, § 86 Anm. 2 a; Benz, BB 1980, S. 784 ff.
 - 2) Meyer-Ladewig, SGG, § 86 Anm. 6; Miesbach/Ankenbrank, SGG, § 86 Anm. 5
 - 3) Schieren/Beuster, SGG, § 86 Anm. 2; Zeihe, SGG § 86 (2) Anm. 1; a.A. auch mit Hinweis auf den § 86 (2, 3) SGG zu Grunde liegenden Rechtsgedanken Miesbach/Ankenbrank, SGG, § 86 Anm. 5. Zu § 86 (2, 3, 4) hat sich eine Kasuistik entwickelt, die vergleichbar mit der bei § 97 SGG ist, da die Fallgruppen, in denen Klage und Widerspruch Aufschub bewirken, meist über einstimmen; s. hierzu Benz, BB 1980, S. 785 ff; daher wird insoweit auf die Ausführungen bei § 97 SGG verwiesen.
 - 4) Nach Rohwer-Kahlmann, SGG, § 97 Rdn. 60 u. Peters/Sautter/Wolff, SGG, § 97 Anm. 1 ist jedoch im Anwendungsbereich von § 97 SGG aufschiebende Wirkung gegenüber feststellenden bzw. rechtsgestaltenden Verwaltungsakten gegeben.

fortigen Vollziehung, wie sie § 80 (2) Nr. 4 VwGO vorsieht, ist in § 86 (2) SGG konsequenterweise nicht gegeben, da der Gesetzgeber die Interessenabwägung nicht der Verwaltung oder den Gerichten überlassen, sondern bereits selbst zu Gunsten des Betroffenen vorgenommen hat.

Die aufschiebende Wirkung der Widerspruchseinlegung hemmt den Vollzug des Verwaltungsaktes auch im Bereich der Sozialgerichtsbarkeit mit rückwirkender Kraft ¹⁾ bezogen auf den Zeitpunkt des Erlasses des angefochtenen Bescheides. Der Adressat ist nicht gehalten, den Verwaltungsakt zu befolgen, und die Behörde darf den Bescheid vor Bestandskraft nicht vollstrecken.

Wird beispielsweise durch Verwaltungsakt eine periodisch erfolgende Zahlung eingestellt, so ist die Verfügung durch die Einstellung der monatlichen Zahlung vollzogen. Mit Einlegung des Widerspruchs tritt dann der Schwebezustand ein, der die Schaffung vollendeter Tatsachen verbietet und die Weitergewährung der beanspruchten Leistungen bzw. das Verbot ihrer Rückforderung zur Folge hat ²⁾.

-
- 1) Zur dogmatischen Abgrenzung zwischen Wirksamkeits-Vollziehbarkeitshemmung des eingelegten Widerspruchs: h.M. "Vollziehbarkeitstheorie" vertreten u.a. von BVerwGE 13, 1 (5 ff.), 24, S. 92 (98); Heintze, NJW 1963, S. 1430; Redeker/v. Oertzen, VwGO, § 80 Anm. 1; Meyer-Ladewig, SGG, § 86 Anm. 6 geht wie die übrige h.M. davon aus, daß der Verwaltungsakt zwar wirksam ist, jedoch nicht vollzogen werden kann; so auch Peters/Sautter/Wolff, SGG, § 86 Anm. 2 a,c; a.A. die sog. "Wirksamkeitstheorie", nach der die Wirksamkeit des betreffenden Verwaltungsaktes für die Dauer der aufschiebenden Wirkung aufgehoben sein soll; s. u.a. Eyermann/Fröhler, § 80 Anm. 4 m.w.N.; Siegmund-Schultze, DVBl 1963, S. 746 ff.
 - 2) Strittig; wie hier OVG Berlin NJW, 1967, S. 1435; OVG Rhld.-Pf., VerwRspr. 21, S. 877; so auch Zeihe, SGG, § 86 Anm. 6; nach a.A. muß jedenfalls im Anwendungsbereich der VwGO der Erlaß einer einstweiligen Anordnung beantragt werden, so OVG Hamburg, DVBl 1966, S. 282; Hess. VGH, ESVGH 11, S. 10

Daher kann sich die Behörde in dieser Zeit auch nicht durch Aufrechnung gegen andere zu erbringende Leistungen von ihrer Pflicht befreien: ¹⁾ Allerdings enthebt diese Wirkung den zunächst Begünstigten nicht von der Verpflichtung, die überzahlten Beträge zurückzuzahlen ²⁾, wenn der Verwaltungsstreit endgültig verloren ist ³⁾, denn der Verwaltungsakt war ja von Anfang an wirksam und hat daher den Zahlungen die Rechtsgrundlage entzogen.

Die zunächst positiven Folgen der aufschiebenden Wirkung können somit nachteilige Auswirkungen zeitigen. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn sich ein Verfahren über einen längeren Zeitraum erstreckt und wegen der aufschiebenden Wirkung fortwährend Zahlungen geleistet werden, die sich zu einer hohen Summe aufaddieren, dann aber von dem Betroffenen (auf einmal) zurückgefordert werden. ⁴⁾ Teilweise wird die Frage erörtert, ob bei einem Streit über das Vorliegen der Voraussetzungen von § 86 (2) SGG eine Feststellungsklage mit dem Antrag, daß der eingelegte Rechtsbehelf aufschiebende Wirkung habe, zulässig sei. ⁵⁾ Für diese Klage könnte

1) Bayr. LSG Breithaupt 1961, S. 970; Saarl. LSG Breithaupt 1965, S. 419; Peters/Sautter/Wolff, SGG, § 97 Anm. 3

2) Als Anspruchsgrundlage kommen in Betracht: der öffentlich-rechtliche Erstattungsanspruch aber auch §§ 42 (2, 3), 43 (2) SGB - AT-analog. Zu Voraussetzungen und Umfang des öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruchs s. v. Mutius, VerwArch 1980, S. 413 ff.

3) Kopp, VwGO, § 80 Anm. 3 c; Zeihe, SGG, § 86 (2) Anm. 6; Plagemann, Rechtsschutz, Anm. 144; zu dem ähnlichen Problem der sog. Urteilsrenten gemäß § 130 S. 2, 154 (2) SGG vgl. BSG E 33, S. 122; 39, S. 259; zu den Problemen eines Erstattungsanspruches s. Felk, SGB 1971, S. 130

4) Härten ließen sich durch eine (analoge) Anwendung von §§ 42 (2, 3), 43 (2) SGB - AT vermeiden.

5) Peters/Sautter/Wolff, SGG, § 86 Anm. 2 c; s.a. LSG Berlin, Breithaupt 1975, S. 809

ein Rechtsschutzbedürfnis gegeben sein, da das Sozialgerichtsgesetz eine dem § 80s.(5) 2 VwGO vergleichbare Vorschrift nicht kennt. Dagegen läßt sich aber einwenden, daß der Gesetzgeber die §§ 78 (2), 86 (2 - 4), 97 SGG entsprechend ausgestaltet hätte, wenn er eine solche Klage vor Rechtshängigkeit des Hauptanspruches hätte zulassen wollen. ¹⁾

Bei Zweifeln an der Zulässigkeit des Widerspruchs taucht das schon im allgemeinen Verwaltungsprozeßrecht bekannte Problem der aufschiebenden Wirkung des unzulässigen Rechtsbehelfs auf. ²⁾ Allerdings wird eine Differenzierung nach einzelnen Zulässigkeitsvoraussetzungen im Anwendungsbereich des Sozialgerichtsgesetzes, wie Plagemann in Anlehnung an eine zur Verwaltungsgerichtsordnung vertretenen Meinung vorschlägt ³⁾, nicht sehr praktikabel sein. Angesichts häufig auftauchender, schwieriger Rechtsfragen im Rahmen der Zulässigkeitsprüfung muß im Interesse einer klaren bürgernahen und an Art. 20 (3), 19 (4) GG orientierten Lösung jeder Widerspruch Suspensiveffekt zeitigen, es sei denn er ist mit evidenten nicht mehr heilbaren Zulässigkeitsmängeln behaftet oder gar erkennbar rechtsmißbräuchlich eingelegt worden. ⁴⁾

1) so im Ergebnis auch Plagemann, Rechtsschutz, Anm. 15; für den Fall, daß die Behörde den Verwaltungsakt irrtümlich für vollstreckbar hält, sehen Kopp, VwGO, § 80 Anm. 12 a m.w.N. und Bad.-Württ. VGH, NJW 1974, S. 917 im Bereich der allgemeinen Verwaltungsgerichtsbarkeit die Feststellungsklage als zulässig an; zum entsprechenden Problem im Rahmen von § 97 SGG, s. S. 33 f, dort erkennen. Rechtsprechung und Literatur ein Feststellungsbedürfnis an.

2) hierzu eingehend OVG Münster, NJW 1975, S. 794

3) Plagemann, Rechtsschutz, Anm. 16

4) ähnlich Rohwer-Kahlmann, SGG, § 86 Anm. 5

Der Suspensiveffekt erlischt erst mit Eintritt der Unanfechtbarkeit des Verwaltungsaktes in der nach § 86 (1) SGG ergangenen Form, also mit Ablauf der Klagefrist gemäß §§ 87, 66 SGG ¹⁾. Wird jedoch vor Ablauf dieser Frist noch Klage erhoben, so bestimmt sich die aufschiebende Wirkung weiter nach Maßgabe von § 97 SGG ²⁾. Eine Mindermeinung ist allerdings der Auffassung, der Suspensiveffekt ende mit Erlass des Widerspruchsbescheides, also nach Beendigung des Vorverfahrens, aber noch vor Ablauf der Klagefrist ³⁾. Diese Auffassung ist starken Bedenken ausgesetzt, weil dann die aufschiebende Wirkung bis zur Klageerhebung unterbrochen wird, und die Behörde zuvor noch Vollzugsmaßnahmen anordnen kann. Mit Ablauf der aufschiebenden Wirkung setzt endlich auch der Gang der Ausschluß- und Verjährungsfristen wieder ein, die während der Dauer des Suspensiveffektes gehemmt waren ⁴⁾.

-
- 1) Bad.-Württ. VGH, ESVGH, 16, S. 183; OVG Bremen DÖV 1973, S. 279; Meyer-Ladewig, SGG, § 86 Anm. 7; Eyermann/Fröhler, VwGO, § 80 Rdn. 7 a; Kopp, VwGO, § 80 Rdn. 34; Rotter, DÖV 1970, S. 660
 - 2) Bayr. LSG, Breithaupt 1979, S. 199; von diesem Zeitpunkt an ist § 97 Abs. 1 und 2 lex specialis gegenüber § 86 Abs. 2 und 3
 - 3) so Peters/Sautter/Wolff, SGG, § 86 Anm. 2 a, 4 g; Wolber, SGB 1975, S. 439; OVG Münster DÖV 1970, S. 65 für den Anwendungsbereich der VwGO
 - 4) BVerwG, NJW 1977, S. 823; Kopp, VwGO, § 80 Rdn. 19

1.3. Die Anordnung der aufschiebenden Wirkung auf
besonderen Antrag des Beklagten in den Ange-
legenheiten nach § 86 Abs. 3 und 4 SGG ¹⁾

Der Widerspruch in Angelegenheiten der Kriegsof-
fersversorgung oder der Bundesanstalt für Arbeit hat nach
§ 86 (3) SGG auch dann keine aufschiebende Wirkung,
wenn der anzufechtende Verwaltungsakt eine laufende
Leistung entzieht. Allerdings kann die Widerspruchs-
behörde bzw. -stelle, ebenso wie bei § 86 (4) SGG, die
Aussetzung der Vollziehung einstweilen - bis zum Erlass
des Widerspruchsbescheides ²⁾ - durch Verwaltungsakt
anordnen ³⁾. Anders als nach § 80 (4) VwGO, der aller-
dings auch die Aussetzung der Vollziehung in das Er-
messen der zuständigen Behörde stellt, wird die zur
Entscheidung berufene Behörde nur auf Antrag tätig.
Eines besonderen Hinweises auf diese Befugnis in der
Belehrung nach § 66 SGG bedarf es nach h.M. nicht, da
der Aussetzungsantrag kein Rechtsbehelf sei ⁴⁾. Es
scheint jedoch bedenklich, mit einer rein formalen
Argumentation zumindest rein faktisch, den Rechts-
schutz des in diesen Angelegenheiten oft unerfah-
renen Bürgers zu verkürzen.

Unabhängig von § 86 (3, 4) SGG bleibt die Erstbehörde
trotz Vollziehbarkeit des Verwaltungsaktes befugt, die
Verfügung nicht zu vollstrecken ⁵⁾.

1) Durch Gesetz vom 10.8.1954 (BGBl. I S. 239) ist
§ 86 (3) SGG an den durch das gleiche Gesetz ge-
änderten Absatz 2 angefügt worden.

2) Peters/Sautter/Wolff, SGG, § 86 Anm. 4 g;
Mellwitz, SGG, § 86 Anm. 10

3) zum Grundgedanken der Vorschrift Miesbach/
Ankenbrank, SGG, § 86 Anm. 5

4) Rohwer-Kahlmann, SGG, § 86 Rdn. 13; Peters/Sautter/
Wolff, SGG, § 86 Anm. 4 d; Plagemann, Rechtsschutz,
Anm. 13; Schieren/Beuster, SGG, § 86 Anm. 3

5) Plagemann, a.a.O., Anm. 10; ähnlich Rohwer-Kahlmann,
SGG, § 86 Anm. 1; Schieren/Beuster, SGG, § 86
Anm. 1

Vorläufiger Rechtsschutz gegen einen Bescheid, der eine erstmals begehrte Leistung bzw. eine erneut beantragte Bewilligung ablehnt, wird durch § 86 (3, 4) SGG ebenso wenig wie durch § 86 (2) SGG ¹⁾ gewährt. Es bietet sich hier allerdings an, gegebenenfalls von dem Recht nach §§ 42, 43 SGB - AT oder anderen vergleichbaren Anspruchsgrundlagen ²⁾ Gebrauch zu machen.

Entscheidet die Widerspruchsbehörde über den Aussetzungsantrag gemäß § 86 (3, 4) SGG nicht, so soll die Untätigkeitsklage gemäß § 88 SGG zulässig sein ³⁾. Diese Auffassung mag zwar vertretbar sein, jedoch ist § 88 SGG schon allein aufgrund der dort genannten Fristen nicht geeignet, schnellen und effektiven Rechtsschutz zu leisten.

Bei der Entscheidung über den Aussetzungsantrag muß die Widerspruchsbehörde im Rahmen ihres Ermessens die Erfolgsaussichten des Widerspruchs prüfen und eine Abwägung zwischen dem öffentlichen Interesse an der Vollziehung des Verwaltungsaktes und dem privaten Interesse an der Aussetzung treffen. Strittig ist, an welchen Kriterien sich die Widerspruchsbehörde im Rahmen dieser Abwägung zu orientieren hat.

Unter Hinweis auf Art. 19 (4) GG und die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts meint Plagemann ⁴⁾, daß die (sofortige) Vollziehung des angefochtenen Verwaltungsaktes nur zu rechtfertigen sei, "wenn besondere über den Erlaß des Verwaltungsaktes hinausgehende öffentliche Interessen das gebieten".

1) s. oben, S. 19

2) s. oben, S. 68 ff.

3) Brackmann, Handbuch, Band I/2, S. 234 b II; zweifelnd Meyer-Ladewig, SGG, § 86 Anm. 9

4) Plagemann, a.a.O., Anm. 14; a.A. Peters/Sautter/Wolff, SGG, § 86 Anm. 2 a; Rohwer-Kahlmann, SGG, § 86 Anm. 5

Beim Leistungsentzug soll dies beispielsweise nur dann der Fall sein, "wenn die Aussichtslosigkeit jeglicher Rechtsmittel gegen den Entziehungsbescheid evident ist" und daher "einem Rechtsmißbrauch nahekommt." Demgegenüber geht Meyer-Ladewig nicht so weit und will dem Aussetzungsantrag erst dann stattgeben, wenn der Widerspruch Aussicht auf Erfolg hat. ¹⁾ Schließt man sich dieser Auffassung an, die im Gegensatz zur Meinung Plagemanns nicht die im Endeffekt systemwidrige Vermutung zu Gunsten einer Aussetzung der Vollziehung in sich birgt, so taucht allerdings die Frage auf, wie zu entscheiden ist, wenn die Erfolgsaussichten der Anfechtung noch nicht abzusehen sind. Brackmann will hier den Rechtsgedanken aus § 80 (4) S. 3 VwGO (entsprechend) anwenden. ²⁾ Dagegen bringt Meyer-Ladewig vor, bei dieser Vorschrift handele es sich um eine Sonderregelung, die nicht analogiefähig sei. ³⁾ Einigkeit besteht allerdings in der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung und Literatur, daß § 80 (4) S. 3 VwGO jedenfalls im Rahmen der Streitigkeiten nach § 40 VwGO verallgemeinerungsfähig ist. ⁴⁾ Nach einhelliger Meinung ist aufgrund von § 86 (3) S. 2 SGG sowohl gegen die Aussetzung als auch gegen die Ablehnung der Aussetzung kein selbständiges Rechtsmittel oder Rechtsbehelf gegeben. ⁵⁾

-
- 1) Meyer-Ladewig, SGG, § 86 Anm. 9
 - 2) Brackmann, Handbuch, Band I 2, S. 234 b II
 - 3) Meyer-Ladewig, a.a.O., ebenda
 - 4) Eyermann-Fröhler, VwGO, § 80 Rdn. 36 m.w.N.
 - 5) Rohwer-Kahlmann, SGG, § 86 Anm. 14; Plagemann, Rechtsschutz, Anm. 18; Peters/Sautter/Wolff, SGG, § 86 Anm. 4 e; Hofmann/Schroeter, SGG, § 86 Anm. 3; Mellwitz, § 86 Anm. 7

Da das Vorverfahren Prozeßvoraussetzung für Anfechtungs- und Versagungsgegenklage ist (§ 78 1, 3 SGG) und dem Betroffenen nur in Angelegenheiten der Kriegsopferversorgung, nicht aber in solchen der Bundesanstalt für Arbeit, die Sprungklage nach § 78 (2) SGG offensteht, können bei den letztgenannten Angelegenheiten insbesondere dann Härten auftreten, wenn sich das Widerspruchsverfahren in die Länge zieht. Wichtigste Fallgruppe ist hierbei die Aufhebung von Arbeitserlaubnissen bzw. die Ablehnung von entsprechenden Anträgen und betrifft insbesondere um Arbeit nachsuchende Ausländer aus Ländern außerhalb der EWG, die sich (zumeist) gleichzeitig um eine (Verlängerung ihrer) Aufenthaltserlaubnis bemühen.

Wegen Art. 19 (4) GG will Plagemann daher entweder die Anordnungsbefugnis nach § 97 (2) SGG entsprechend § 80 (5) S.2 VwGO auf das Widerspruchsverfahren ausdehnen oder aber § 123 VwGO analog heranziehen.¹⁾ In den Fällen des faktischen Vollzugs eines Verwaltungsaktes greift die h.M. im Anwendungsbereich der Verwaltungsgerichtsordnung auf § 80 (5) VwGO zurück.²⁾ Gemäß § 80 (5) S.2 u. 3 VwGO kann dort der Betroffene noch vor Klageerhebung die Aufhebung der bereits durchgeführten Vollziehung durch das Gericht beantragen, wenn der Verwaltungsakt unter Verstoß gegen die aufschiebende Wirkung oder ohne

1) Plagemann, Rechtsschutz, Anm. 18, 19

2) OVG Münster OVGE 28, S. 128; Hess. VGH DVBl 1977, S. 255; OVG Lüneburg DVBl 1977, S. 732; Eyermann/Fröhler, VwGO, § 80 Rdn. 34, 42; Redeker/v. Oertzen, VwGO, § 80, Anm. 32

Anordnung der Vollziehung vollstreckt wurde. Beachtet die Verwaltung die Entscheidung nach § 80 (5) VwGO nicht, so soll ein Antrag gemäß § 123 VwGO zulässig sein. ¹⁾ Demgegenüber ist die Aussetzung bzw. Aufhebung der Vollziehung im Anwendungsbereich des Sozialgerichtsgesetzes durch das Sozialgericht, wie sich aus § 86 (3, 4), 97 (1, 2) SGG ergibt, erst nach Durchführung eines Vorverfahrens ²⁾ und nach Klageerhebung möglich. ³⁾ Übereinstimmung herrscht in der einschlägigen Literatur darüber, daß im Rahmen des sozialgerichtlichen Vorverfahrens die Vollziehung nicht, wie beispielsweise § 97 (2) SGG oder aber auch § 80 (4) 2 VwGO vorsehen, gegen Sicherheit ausgesetzt werden darf. ⁴⁾

Ebenso wie bei § 86 (2) SGG gilt im Rahmen des § 86 (3, 4) SGG, daß er Empfänger die während des Vorverfahrens erhaltenen Beträge zurückzuzahlen hat, wenn die Entscheidung über Entzug der (vorläufig) weitergezahlten Leistung rechtskräftig wird. ⁵⁾

Plagemann will aber auch eine (vorläufige) Erstattung im umgekehrten Verhältnis in Betracht ziehen, wenn zwischen Erlaß eines Entziehungsbescheides und der Anordnung nach § 86 (3) SGG Leistungen nicht gewährt werden und "der Antragsteller auf die Leistungen angewiesen ist." ⁶⁾

1) OVG Lüneburg DÖV 1974, S. 823; Eyermann/Fröhler, VwGO, § 123 Rdn. 9

2) Ausnahme § 78 (2) SGG

3) Rohwer-Kahlmann, SGG, § 97 Rdn. 63

4) Meyer-Ladewig, a.a.O., ebenda; Plagemann, a.a.O. ebenda; Schieren/Beuster, SGG, § 86 Anm. 3; Peters/Sautter/Wolff, SGG, § 86 Anm. 4 g

5) Dapprich, Verfahren, S. 100

6) Plagemann, a.a.O., Anm. 17

2. Der vorläufige Rechtsschutz nach § 97 SGG

§ 97 SGG mißt der Anfechtungsklage in den in Absatz 1 genannten Angelegenheiten aufschiebende Wirkung bei. Die Absätze 2 bis 4 der Vorschrift nennen Bereiche, in denen der Suspensiveffekt nicht eo ipso mit Rechtshängigkeit eintritt. Dort kann das Gericht jedoch auf Antrag des Klägers die vorläufige Aussetzung des Vollzugs des Verwaltungsaktes anordnen. Entsprechend der inneren Systematik von § 97 SGG, die insoweit mit § 86 (2 - 4) SGG vergleichbar ist, beschäftigt sich die Arbeit daher zunächst mit der Wirkung der Klage gemäß § 97 (1) SGG und befaßt sich dann mit der Aussetzung der Vollziehung nach § 97 (2 - 4) SGG.

2.1. Die aufschiebende Wirkung der Klage in den Fällen des § 97 SGG

2.1.1. Grundsätzliches zur aufschiebenden Wirkung des Absatzes 1

Die Vorschrift erfuhr seit Inkrafttreten des Sozialgerichtsgesetzes vom 1. Januar 1954 drei Änderungen. Absatz 1 Ziff. 4 wurde durch das Gesetz über das Kassenarztrecht (GKAR) vom 17.8.1955 und Absatz 1 Ziff. 5 durch das 7. Gesetz zur Änderung des Selbstverwaltungsgesetzes vom 3.8.1967 eingefügt. Mit Wirkung vom 1.7.1977 ist schließlich Klagen gegen gewisse Entscheidungen der Aufsichtsbehörde nach Absatz 1 Ziff. 6 aufschiebende Wirkung beizumessen.

Über den Anwendungsbereich der Vorschrift herrscht trotz dieser Konkretisierungen Unklarheit. Teilweise ist man der Auffassung, § 97 (1) SGG nenne

die Fälle abschließend, in denen der Gesetzgeber Anfechtungsklagen eine aufschiebende Wirkung zuerkennt.¹⁾ So bejaht beispielsweise das OVG Münster unter Hinweis auf § 97 SGG seine Zuständigkeit mit der Begründung, daß es aufgrund seiner verwaltungsprozessualen Möglichkeiten weit mehr als die Sozialgerichte dazu berufen sei, den Klägern (vorläufigen) Rechtsschutz zu gewähren.²⁾ Andererseits wird auch die Meinung vertreten, in "Erkenntnis der verfassungsrechtlichen Tragweite von Art. 19 (4) GG" müsse man zu dem Ergebnis kommen, daß § 97 SGG entgegen früherem Verständnis weder erschöpfend noch gar abschließend die aufschiebende Wirkung von (Anfechtungs-) klagen regelt.³⁾ Selbst die Novellierungen der Vorschrift hätten zu keiner lückenlosen Regelung geführt, so daß die Vorschrift erweiterungsfähig und -bedürftig sei.

Die im Vergleich zur allgemeinen Verwaltungsgerichtsbarkeit (§ 80 VwGO) bei § 97 (1) SGG bestehende Besonderheit - keine Generalklausel, sondern Fallgruppenbildung - wird u.a. damit erklärt, bei der Kodifizierung des Sozialgerichtsgesetzes sei die volle Bedeutung von Art. 19 (4) GG noch nicht erkannt worden. Die Konzeption des § 97 SGG entspreche vielmehr noch der (früher herrschenden) Vorstellung von der allgemeinen Suprematie der Verwaltung.⁴⁾

1) Schieren/Beuster, SGG, § 97 Anm. 2; Meyer-Ladewig, SGG, § 97 Anm. 4; Miesbach/Ankenbrank, SGG, § 96 Anm. 1, 2; Mellwitz, SGG, § 97 Anm. 2; SG Koblenz, Breithaupt 1975, S. 724

2) OVG Münster, VerwRspr 14, S. 880 (884)

3) Rohwer/Kahlmann, SGG, § 97 Anm. 2, 4; Meyer-Ladewig, SGG, § 97 Anm. 1; ferner LSG Bremen NJW 1968, S. 1208 sowie NJW 1969, S. 1597 (aufschiebende Wirkung von Klagen gegen Regreßbescheide kassenärztlicher Vereinigungen)

4) Rohwer/Kahlmann, SGG, § 97 Anm. 1, 3

Man weist aber auch darauf hin, daß die Gegenstände des sozialgerichtlichen Verfahrens nicht der Eingriffs-, sondern vielmehr der Leistungsverwaltung zuzuordnen seien. Hier bestehe aber typischerweise ein geringeres Bedürfnis an einer aufschiebenden Wirkung. ¹⁾ So sei, wird beispielsweise argumentiert, die wirtschaftliche Lage des Rechtsuchenden, wenn der angefochtene Bescheid Leistungen ablehne, nicht schlechter als zuvor. ²⁾

Entsprechend den verschiedenen Auffassungen zur Konzeption von § 97 (1) SGG sind auch die Konsequenzen, die Rechtsprechung und Literatur daraus ziehen, unterschiedlich. Teilweise geht man sogar davon aus, daß in entsprechender Anwendung von § 97 SGG Klagen gegen belastende Verwaltungsakte regelmäßig aufschiebende Wirkung beizumessen sei, sofern nicht vorrangige öffentliche Interessen einem Aufschub der Vollziehung entgegenstünden. Art. 19 (4) GG gebiete nämlich auch die Gleichrangigkeit der Parteien vor Gericht. ³⁾ Demgegenüber sind Peters/Sautter/Wolff der Auffassung, § 97 SGG führe - soweit ersichtlich - nicht zu unzumutbaren Härten, so daß eine entsprechende Anwendung grundsätzlich nicht in Betracht komme. ⁴⁾

1) Meyer-Ladewig, SGG, § 97 Anm. 1; Hofmann/Schroeter, SGG, § 97, Anm. 1

2) Rohwer/Kahlmann, SGG, § 97 Anm. 1 unter Hinweis auf BSGE 1, S. 39: hier dürfte m.E. ein Mißverständnis vorliegen, da mit der aufschiebenden Wirkung nie eine Verbesserung des "status quo" angestrebt wird, sondern allein eine Verschlechterung (Eingriff) bis zum rechtskräftigen Abschluß des Verfahrens verhindert werden soll.

3) Rohwer/Kahlmann, SGG, § 97 Anm. 5 f

4) Peters/Sautter/Wolff, SGG, § 97 Anm. 1

Die Rechtsprechung hat allerdings in bestimmten Fällen, wie z.B. bei Ordnungsstrafbescheiden der Berufsgenossenschaften ¹⁾ oder Regreßbescheiden der kassenärztlichen Vereinigungen, ²⁾ die Vorschrift entsprechend angewandt. ³⁾ Sehr umstritten ist auch die Frage, ob angesichts der kasuistischen Fassung von § 97 (1) SGG daneben oder darüber hinaus eine vorläufige Einstellung in entsprechender Anwendung von §§ 707, 719 ZPO zulässig ist, um die Vollstreckung des Bescheides durch die Verwaltung zu verhindern. ⁴⁾

Wegen der Unklarheiten im Hinblick auf den Anwendungsbereich von § 97 SGG wird in Rechtsprechung ⁵⁾ und Literatur ⁶⁾ weitgehend ein Rechtsschutzbedürfnis nach gerichtlicher Klarstellung anerkannt, ob und inwieweit durch die Klageerhebung die aufschiebende Wirkung eingetreten ist. Teilweise wird allerdings, unter Hinweis auf den dem Betroffenen gegen den Vollzug von Verwaltungsakten zustehenden Vollstreckungsschutz nach den Vorschriften der Verwaltungszwangs- und Vollstreckungsverfahren, ein Rechtsschutzbedürfnis für derartige Feststellungsklagen

-
- 1) LSG Bremen, NJW 1968, S. 1110: entsprechende Anwendung von §§ 97 (1) Nr. 2, 175 SGG
 - 2) LSG Bremen, NJW 1968, S. 1208; LSG Bremen, ZfS 1969, S. 81
 - 3) s. ferner LSG Niedersachsen, Breithaupt 1959, S. 979
 - 4) bejahend LSG Ba.-Wü., SGB 1962, S. 426; verneinend LSG Berlin, SGB 1963, S. 152 mit Anmerkung von Glücklich; s. ferner Haueisen, NJW 1959, S. 18
 - 5) LSG Bremen, NJW 1965, S. 934; Bay. LSG, Breithaupt 1966, S. 804; LSG Berlin, DOK 1969, S. 230 f.
 - 6) Plagemann, Rechtsschutz, Anm. 87 ff.; Rohwer-Kahlmann, SGG, § 97 Anm. 28, 37; Zeihe, SGG, § 97 Anm. 3

abgelehnt. ¹⁾ Dem stimmen Peters/Sautter/Wolff zu, wollen aber bei Nichtigkeitsklagen durch Zwischenurteil klären lassen, ob die aufschiebende Wirkung eingetreten ist. ²⁾

Nach Plagemann soll für den Fall, daß der Beklagte einen dem Antrag des Klägers stattgebenden Feststellungsbeschluß keine Folge leistet, § 123 VwGO entsprechend anwendbar sein, da ein derartiger Beschluß im Gegensatz zur Entscheidung nach § 123 VwGO nicht vollstreckungsfähig sei. ³⁾ Darüber hinaus wird dem Kläger in entsprechender Anwendung von § 131 (1) SGG ein Folgenbeseitigungsanspruch für die Zeit bis zur rechtskräftigen Entscheidung zugestanden. ⁴⁾

2.1.2. Aufschieb bei Kapitalabfindungen von Versicherungsansprüchen

Die Klage gegen Kapitalabfindungen von Versicherungsansprüchen (§ 97 Abs. 1 Nr. 1 SGG) hat aufschiebende Wirkung, so daß laufende Leistungen, die abgefunden werden sollen, zunächst weiter zu zahlen sind und eine Kapitalabfindung vorerst nicht erfolgt. ⁵⁾

1) Schieren/Beuster, SGG, § 97 Anm. 6; s.a. Rohwer-Kahlmann, SGG, § 97 Anm. 26 ff.; LSG Hamburg, SGB 1957, S. 344; Bayr. LSG, ZfS 1966, S. 344; s. ferner Rohwer-Kahlmann, a.a.O. § 97 Anm. 4; Plagemann, Rechtsschutz, Anm. 87

2) Pters/Sautter/Wolff, SGG, § 97 Anm. 4

3) Plagemann, Rechtsschutz, Anm. 89

4) ders., Rechtsschutz, Anm. 90, a.A. Peters/Sautter/Wolff, SGG, § 97 Anm. 3 f: Anwendung von § 97 (2 - 4) SGG analog; zu § 80 VwGO s. VGH Ba.-Wü., DÖV 1974, S. 605, Hoffmann, DÖV 1976, S. 372

5) Peters/Sautter/Wolff, SGG, § 97 Anm. 2

Der Betroffene soll hierdurch vor einer Zahlungseinstellung der unterhaltssichernden Rente ¹⁾ geschützt werden, solange über die Rechtmäßigkeit der Kapitalabfindung sowie der Versagung der laufenden Leistung noch nicht rechtskräftig entschieden wurde. ²⁾

Wie die amtliche Begründung zu § 97 erkennen läßt ³⁾, soll die aufschiebende Wirkung aber nur eintreten, falls die abzufindenden Leistungen auch dann weiter zu gewähren sind, wenn eine Kapitalabfindung nicht erfolgen würde. Entfällt dagegen die Rente zu einem bestimmten Zeitpunkt unabhängig von der Gewährung oder Nichtgewährung der Kapitalabfindung, so ist der dagegen gerichteten Klage kein Aufschub beizumessen. ⁴⁾ Darüber hinaus kann auch eine Klage, mit der eine Kapitalabfindung begehrt wird, keine aufschiebende Wirkung haben, da ein Eingriff nicht abgewehrt, sondern allein die Rechtsstellung des Klägers erweitert werden soll. ⁵⁾ Plagemann schlägt vor, den zu zahlenden Abfindungsbetrag entsprechend zu kürzen, wenn sich bei Abschluß des Gerichtsver-

1) Meyer-Ladewig, SGG, § 97 Anm. 4

2) Plagemann, Rechtsschutz, Anm. 47, 48;
Miesbach/Ankenbrank, SGG, § 97 Anm. 3 f.

3) zu §§ 44, 45 des Entwurfs, s. BT - Drucks. Nr. 4357, I. Wahlperiode 1949, S. 28

4) Beispiel: bei den Witwenabfindungen in der Rentenversicherung im Fall der Wiederverheiratung; dazu: Brackmann, Handbuch, S. 234 b;
Rohwer-Kahlmann, SGG, § 97 Anm. 15;
Peters/Sautter/Wolff, SGG, § 97 Anm. 2;
Miesbach/Ankenbrank, SGG, § 97 Anm. 3;
Mellwitz, SGG, § 97 Anm. 3 a;
BSGE 1, S. 190

5) Meyer-Ladewig, SGG, § 97 Anm. 4;
Plagemann, Rechtsschutz, Anm. 49

fahrens die Rechtmäßigkeit der Abfindung erweisen sollte. Eine Rückerstattung sei "wegen der auf die Sicherung des laufenden Unterhalts gerichteten Zielsetzung" nicht zu rechtfertigen. ¹⁾

2.1.3. Die Klage gegen die Rückforderung von Leistungen

Die Klage gegen die Rückforderung von Leistungen hat nach § 97 (1) Nr. 2 SGG aufschiebende Kraft. Über die Auslegung des Tatbestandsmerkmals "Leistung" wird jedoch in Rechtsprechung und Literatur gestritten. ²⁾ Fest steht, daß der Aufschub den Kläger und seine Familienangehörigen, die von einer Rückforderung der meist zu ihrem Lebensunterhalt verbrauchten Leistungen, hart getroffen würden, schützen soll. Der Gesetzgeber will : es nicht verantworten, daß der Rückforderungsbetrag vor einer rechtskräftigen gerichtlichen Entscheidung zu zahlen ist ³⁾

Überzeugend ist es daher, wenn Meyer-Ladewig unter Hinweis auf die Begründung der Vorschrift meint, § 97 (1) Nr. 2 SGG erfasse lediglich Leistungen an einen Versicherten oder Versorgungsberechtigten, nicht aber Zahlungen des Versicherten an den Versicherungsträger. ⁴⁾

-
- 1) Plagemann, a.a.O., Anm. 50; dieser Auffassung, die wohl von einer Aufrechnung ausgeht, ist zuzustimmen.
- 2) vgl. Rohwer-Kahlmann, SGG, § 97 Anm. 16 m.w.N.
- 3) so Miesbach/Ankenbrank, SGG, § 97 Anm. 5 unter Hinweis auf die amtliche Begründung; Peters/Sautter/Wolff, SGG, § 97 Anm. 3; Meyer-Ladewig, SGG, § 97 Anm. 5; Plagemann, Rechtsschutz, Anm. 51, 58; Mellwitz, SGG, § 97 Anm. 4
- 4) Meyer-Ladewig, SGG, a.a.O.

Darüber hinaus soll nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts auch die Anfechtungsklage gegen einen Bescheid, der Beiträge (zur Sozialversicherung) nachfordert, keine aufschiebende Wirkung haben. ¹⁾

Ob unter das Tatbestandsmerkmal "Rückforderung von Leistungen" auch die Erstattung von Beiträgen oder Ersatzansprüche bzw. Regresse zwischen Versicherungsträgern etc. zu subsumieren sind, stellt Literatur und Rechtsprechung ebenfalls vor Auslegungsprobleme. ²⁾ Soweit es um die Frage geht, inwiefern die Rückforderung von Beiträgen in den Anwendungsbereich von § 97 (1) Nr. 2 SGG fällt, kann die Frage schon aus dogmatischen Gründen verneint werden. In den Fällen, in denen der Kläger Beiträge von dem beklagten Versicherungsträger zurückfordert, dieser jedoch die Rückzahlung ablehnt, fehlt es an einer Vollziehungsgrundlage, die durch Klageerhebung aufgeschoben werden könnte. ³⁾ Die Forderung des Betroffenen kann nicht in Gestalt eines Verwaltungsaktes geltend gemacht werden, und der lediglich ablehnende Verwaltungsakt, der den Kläger nicht schlechter als zuvor stellt, hat keinen Inhalt, dessen Vollstreckbarkeit aufgehoben werden kann.

1) BSGE, Breithaupt 1965, S. 886

2) hierzu s. a. Plagemann, SGG, Anm. 54 - 56, der in gewissen Fällen § 97 (1) Nr. 1 u. 2 SGG entsprechend auf die Rückforderung von Beiträgen anwenden will; uneingeschränkt bejahen Schieren/Beuster diese Auslegung: s. Schieren/Beuster, SGG, § 97 Anm. 2

3) Rohwer-Kahlmann, SGG, § 97 Anm. 17;
Meyer-Ladewig, SGG, § 97 Anm. 5;
Peters/Sautter/Wolff, SGG, § 97 Anm. 3;
i.E. ebenso Plagemann, Rechtsschutz, Anm. 53;
a.A. Miesbach/Ankenbrank, SGG, § 97 Anm. 5

Bei Ersatzansprüchen zwischen Versicherungsträgern wird ebenfalls die Anwendbarkeit von § 97 (1) Nr. 2 SGG verneint, weil kein Verwaltungsakt, dessen Wirkung aufzuheben sei, ergehe.¹⁾ Richtig ist, daß aus rechtsdogmatischen Gründen Verwaltungsakte, nicht aber bloße Forderungen außer Vollzug gesetzt werden können.²⁾ Da jedoch im Verhältnis der Versicherungsträger untereinander das mit § 97 (1) Nr. 2 SGG verfolgte Ziel, den Kläger vor Eingriffen in seinen materiellen Lebensunterhalt vor rechtskräftigem Abschluß des Verfahrens zu schützen, sinnvollerweise nicht erreicht werden kann, ist dieser Sachverhalt beispielhaft dafür wie im Wege teleologischer Reduktion der Anwendungsbereich einer Vorschrift zu begrenzen ist.³⁾ Bei Regreßbescheiden der kassenärztlichen Vereinigungen wegen unwirtschaftlicher Verordnungsweise wird die (entsprechende) Anwendung von § 97 (1) Nr. 2 SGG nach umstrittener Ansicht wiederum als zulässig angesehen, da es sich hierbei der Rechtsnatur nach um die Geltendmachung einer öffentlich-rechtlichen Ersatzleistungsverpflichtung⁴⁾ gegen den Kassenarzt handele, die dessen Unterhalt beeinträchtige(n) (könne).⁵⁾

-
- 1) Bayr. LSG, Breithaupt 1966, S. 805; Plagemann, Rechtsschutz, Anm. 58
 - 2) Peters/Sautter/Wolff, SGG, § 97 Anm. 3; Meyer-Ladewig, SGG, § 97 Anm. 5
 - 3) Zum Auslegungsprinzip der teleologischen Reduktion s. Larenz, Methodenlehre, S. 377 ff.
 - 4) BSGE 19, S. 123 (127)
 - 5) LSG Bremen NJW 1968, S. 1208 sowie NJW 1969, S. 1597; Schieren/Beuster, SGG, § 97 Anm. 3 a.A. Zeihe, SGG, § 97 Anm. 36; LSG Essen NJW 1970, S. 1992; LSG Hamburg DOK 1969, S. 230; anders die Rechtslage bei den Honorarkürzungsbescheiden wegen unwirtschaftlicher Behandlungsweise, da hier eine Leistung der Verwaltung ganz oder teilweise abgelehnt wird (keine Anfechtungssituation): den Unterhaltscharakter ablehnend, Jordan, Anmerkung zum Beschluß des LSG Berlin vom 3.4.1968, NJW 1969, S. 1598; ferner SG Hannover, ebenda, S. 1599; LSG Berlin, NJW 1968, 2319; die Existenzgefährdung ablehnend, Martens, DOK 1970, S. 614

Rohwer-Kahlmann zieht eine entsprechende Anwendung von § 97 (2) SGG in Erwägung. ¹⁾ Demgegenüber fallen nach Plagemann Regreßbescheide weder unter § 97 (2) SGG noch unter § 97 (1) 2 SGG. Der Wortlaut der Vorschrift erfasse diesen Fall nicht und eine entsprechende Anwendung käme der nicht zu rechtfertigenden Umdeutung der Vorschrift in eine Generalklausel, vergleichbar nur mit § 80 VwGO, nahe. ²⁾ Daher verneint dieser Autor ebenso die aufschiebende Wirkung bei Honorarkürzungsbescheiden von kassenärztlichen Vereinigungen und bei Streitigkeiten über Zwangsgelder. In Härtefällen (Existenzgefährdung) soll § 123 VwGO Anwendung finden, wenn die Klage mit hoher Wahrscheinlichkeit Aussicht auf Erfolg hat. ³⁾

2.1.4. Der Aufschub bei Nichtigkeitsklagen

Im Gegensatz zu § 97 (1) Nr. 1 u. 2 SGG hat § 97 (1) Nr. 3 SGG generalklauselartigen Charakter. Jeder Verwaltungsakt, dessen Nichtigkeit entsprechend den Grundsätzen des Verwaltungsrechts schlüssig behauptet wird, kann mit dieser Klage angegriffen werden. ⁴⁾ Rechtsdogmatisch gesehen wird zwar ein nichtiger Verwaltungsakt Rechtswirkungen, die suspendiert werden sollen, nicht entfalten. Da jedoch selbst der nichtige Verwaltungsakt mit dem Rechts-

1) Rohwer-Kahlmann, SGG, § 97 Anm. 21

2) Plagemann, Rechtsschutz, Anm. 64;
s. ferner Peters/Sautter/Wolff, SGG, § 97
Anm. 3; so auch LSG Essen, NJW 1970, S. 1992

3) so auch Martens, DOK 1970, S. 614

4) Peters/Sautter/Wolff, SGG, § 97 Anm. 4;
Meyer-Ladewig, SGG, § 97 Anm. 6;
LSG Bremen NJW 1965, S. 934;
Eul, DOK 1971, S. 703

schein der Wirksamkeit ausgestattet sein kann bzw. seine Gültigkeit bis zur rechtskräftigen Entscheidung im Streit ist, "soll er während der Rechtshängigkeit doch schon nicht mehr Wirkung wie ein nichtiger Verwaltungsakt haben, bis das Urteil die Nichtigkeit oder Gültigkeit feststellt." ¹⁾ Aufgabe der Vorschrift ist es daher, aus Gründen der Rechtsstaatlichkeit sicherzustellen, daß ein nichtiger Verwaltungsakt vom Betroffenen auch nicht vorübergehend befolgt werden muß, und eine entsprechende Unsicherheit zu Lasten der Behörde geht. ²⁾ Allerdings gilt dies nicht in den Fällen, in denen die Nichtigkeitsklage zwar erhoben wird, aus dem Vorbringen des Klägers die Nichtigkeit des Verwaltungsaktes jedoch nicht schlüssig hervorgeht. ³⁾

2.1.5. Die aufschiebende Wirkung in Zulassungssachen

§ 97 Abs. 1 Nr. 4 SGG, nach dem Anfechtungsklagen gegen die Aufhebung einer Entscheidung in Zulassungssachen gemäß § 368 b (4) RVO Suspensiveffekt haben, wurde mit Wirkung zum 20.8.1955 durch das Gesetz über das Kassenarztrecht (GKAR) v. 17.8.1955 (BGBl. S. 513) in das Sozialgerichtsgesetz aufgenommen. Die Vorschrift faßt die seinerzeit von der Rechtsprechung

1) Peters/Sautter/Wolff, SGG, § 97 Anm. 4; ferner Rohwer-Kahlmann, SGG, § 97 Anm. 30; Schieren/Beuster, SGG, § 97 Anm. 2; Hofmann/Schroeter, SGG, § 97 Anm. 3

2) s. Begr. zu §§ 44, 45 des Entwurfs einer Sozialordnung, BT - Drucks. Nr. 4357, 1. Wahlperiode 1949; Miesbach/Ankenbrank, SGG, § 97 Anm. 6; Schieren/Beuster, SGG, § 97 Anm. 2; Mellwitz, SGG, § 97 Anm. 5

3) statt aller Schieren/Beuster, SGG, § 97 Anm. 2

des Bundessozialgerichts entwickelte Grundsätze in Zulassungsfragen zusammen. Danach ist die Ausübung der Kassenpraxis einer laufenden Leistung gleichzuachten. Die Entziehung der Zulassung stelle einen schwerwiegenden Eingriff in ein dauerndes und regelmäßig mit ständigen Einnahmen verbundenes Rechtsverhältnis dar, der für den Betroffenen grundsätzlich keine geringere Bedeutung habe als die Entziehung einer entsprechenden Sozialleistung. ¹⁾

Anders als bei § 57 a SGG geht es im Anwendungsbereich des enger gefaßten § 97 (1) Nr. 4 SGG lediglich um Streitsachen über die Zulassung und die Entziehung der Zulassung von Ärzten und Zahnärzten zur kassenärztlichen Tätigkeit. ²⁾ Dazu gehören auch Anordnungen über das Ruhen der Zulassung. ³⁾ Erhebt der Arzt, dem die Zulassung zur kassenärztlichen Tätigkeit entzogen werden soll, Klage gegen diesen Verwaltungsakt, so darf er kassenärztlich vorläufig weiter tätig sein. Der Anfechtungsklage hat ein Vorverfahren (§ 78 SGG) nach § 368 b (4) RVO voranzugehen, das auch schon aufschiebende Wirkung entfaltet. ⁴⁾ Natürlich haben nur solche Klagen aufschiebende Wirkung, die sich gegen die Entziehung einer schon vorhandenen Zulassung richten. Wollte man einem auf erstmalige Zulassung gerichteten Begehren durch vorläufige Regelung stattgeben, so wäre die ordnungsgemäße medizinische Ver-

1) vgl. BSGE 1, S. 36 ff.

2) Rohwer-Kahlmann, SGG, § 97 Anm. 39

3) BSGE 4, S. 151 ff.

4) Näheres zur aufschiebenden Wirkung des Widerspruches in Kassenarztsachen:
s. Plagemann, Rechtsschutz, Anm. 22 - 46

sorgung der Bevölkerung gefährdet, da dann der Kläger - ohne näheren Nachweis seiner Qualifikation - für die Dauer des Rechtsstreites einstweilen zur kasernenärztlichen Behandlung zugelassen werden müßte. ¹⁾ Die Aufnahme von § 97 (1) Nr. 4 SGG in das Sozialgerichtsgesetz habe, so wird teilweise vertreten, bloßen deklaratorischen Charakter. ²⁾ Die Vorschrift hat in der Tat kaum eigene Bedeutung ³⁾, da nach § 368 b (4) RVO die Entscheidung des Berufungsausschusses nicht vor Eintritt der Bindungswirkung zu vollziehen ist. Die aufschiebende Wirkung tritt andererseits aber dann nicht ein, wenn die Vollziehung ausdrücklich zugelassen wurde (§ 368 b (5) RVO). Ist dies der Fall, so kann § 97 (1) Nr. 4 SGG keine Anwendung finden, sondern allein § 97 (3) SGG.

2.1.6. Der Aufschub von Klagen nach § 97 (1) Nr. 5 SGG

Auch bei § 97 (1) Nr. 5 SGG handelt es sich um eine Vorschrift, die erst längere Zeit nach Inkrafttreten des Sozialgerichtsgesetzes eingefügt wurde. ⁴⁾ Durch die Anfechtungsklage, mit der die Aufhebung eines Beschlusses über Amtsentbindung oder -enthebung in der Selbstverwaltung begehrt wird, setzt man einen rechtsgestaltenden Verwaltungsakt bis zur

1) Plagemann, Rechtsschutz, Anm. 69; a.A. anscheinend Miesbach/Ankenbrank, SGG, § 97 Anm. 8

2) Meyer-Ladewig, SGG, § 97 Anm. 5;
Peters/Sautter/Wolff, SGG, § 97 Anm. 5;
Eul, DOK 1971, S. 703

3) Es sei denn im Zeitraum zwischen Klageerhebung und Anhörung (§ 97 (3) SGG), da die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs nach § 368 (b) 4 RVO höchstens bis zur Klageerhebung andauert; ähnlich Hofmann/Schroeter, SGG, § 97 Anm. 5

4) 7. ÄndGSVwG v. 3.8.1967, BGBI. I, S. 845 f.

rechtskräftigen Entscheidung in der Hauptsache außer Vollzug.

Die einschneidende Amtsenthebung oder -entbindung von Personen in leitender Funktion vor einer endgültigen Entscheidung soll ausnahmsweise nur dann erfolgen, wenn das Interesse an der stetigen Amtsführung des durch gewisse Verfahren legitimierten Inhabers dem Interesse an der rechtmäßigen Geschäftsführung, dem besondere wirtschaftliche und soziale Gründe innewohnen, weichen muß. ¹⁾ (§ 97 (1) Nr. 5 2. HS) Mit Recht wird gerügt, daß § 97 (1) Nr. 5 SGG ebenso wie § 97 (1) Nr. 4 SGG kaum eigenständige Bedeutung hat. ²⁾ Nach § 59 (1) Nr. 3 SGB IV treten die Beschlüsse über eine Amtsentbindung oder -enthebung unabhängig von § 97 (1) Nr. 5 SGG erst mit Eintritt der Bindungswirkung gemäß § 77 SGG in Kraft. Wird allerdings die sofortige Vollziehung des Beschlusses nach § 59 (3) S. 2 SGB IV angeordnet, kann das zunächst enthobene Mitglied nur mit einem Antrag gemäß § 97 (4) SGG, nicht aber nach § 97 (1) Nr. 5 SGG, die vorläufige Weiterführung seiner Amtsgeschäfte verfolgen.

-
- 1) Plagemann, Rechtsschutz, Anm. 74;
bei Klagen gegen einen Bescheid, mit dem die Errichtung einer Innungskrankenkasse genehmigt wird, wird dagegen der Eintritt des Suspensiv-effekts abgelehnt. Hess. LSG, Breithaupt 1961, S. 790 (Klägerin: AOK)
- 2) Meyer-Ladewig, SGG, § 97 Anm. 8;
Rohwer-Kahlmann, SGG, § 97 Anm. 46 f.;
Miesbach/Ankenbrank, SGG, § 97 Anm. 13;
Eul, DOK 1971, S. 703

2.1.7. Die aufschiebende Wirkung von Aufsichts- klagen

§ 97 Abs. 1 Nr. 6 SGG betrifft Klagen gegen Entscheidungen der Aufsichtsbehörden, durch die der Versicherungsträger verpflichtet wurde, Rechtsverletzungen gemäß § 89 (1) SGB IV zu beheben. schrift ist mit Wirkung vom 1.7.1977 in das Sozialgerichtsgesetz eingefügt worden. ¹⁾

Nach § 78 (1) S2 Nr. 3 SGG ist ein Vorverfahren nicht Voraussetzung für eine Klage gem. § 97 (1) Nr. 6 SGG. Der Anwendungsbereich der Norm ist enger als der von § 54 (3) SGG und umfaßt weder Streitigkeiten über die Zulässigkeit von Maßnahmen, die den Erlass eines entsprechenden Verwaltungsaktes vorbereiten, noch Klagen über Inhalt und Umfang von sog. "Mitwirkungsvorbehalten". ²⁾

Zwar ist auch hier ein Vollzug des Verwaltungsaktes nach § 89 (1) 3 SGB IV erst dann rechtmäßig, wenn die Verpflichtung bestandskräftig geworden ist. Gleichwohl ist § 97 (1) Nr. 6 SGG nicht überflüssig, da der Aufsichtsbehörde nach Klageerhebung verschiedene Tätigkeiten untersagt sind (vgl. § 89 (3) SGB IV) ³⁾ und nur das Gericht gemäß § 97 (3) SGG die Befugnis hat, die Verpflichtungsbescheide für sofort vollziehbar zu erklären.

Bei § 97 (1) Nr. 6 SGG ist strittig, ob dem wirksamen jedoch noch nicht vollstreckungsfähigen Verpflichtungsbescheid im Zeitraum zwischen Erlass und Klageerhebung bzw. der Anordnung nach § 97 (3) SGG Folge zu leisten ist. Dies wird bejaht, da anderen-

1) SGB IV Art. II § 12

2) Plagemann, Rechtsschutz, Anm. 81;
s.a. BSGE 29, S. 23 f.

3) Meyer-Ladewig, SGG, § 97 Anm. 9

falls in rechtswidriger Weise unabänderliche Fakten geschaffen werden könnten. Erst mit Klageerhebung werde diese Gehorsampflicht durch § 96 (1) Nr. 6 SGG aufgehoben. ¹⁾ Schließlich gibt es auch die Möglichkeit, den Vollzug der angefochtenen Entscheidung nach § 97 (3) SGG auszusetzen. Bei Gefahr des Eintritts irreparabler Schäden, so wird vertreten, müsse der Aufsichtsbehörde selbst auch schon vor Klageerhebung die Befugnis der sofortigen Vollziehung oder zumindest eines Antrags nach § 97 (3) SGG offenstehen. Nach Auffassung von Plagemann verkennt jedoch diese Meinung das Wesen der aufschiebenden Wirkung. Insbesondere, so betont der Autor, richte sich die Rechtmäßigkeit allein nach geltendem Recht und nicht nach dem noch nicht bestandskräftigen Verpflichtungsbescheid. ²⁾

2.2. Die vorläufige Aussetzung des Vollzugs durch Beschluß des Gerichts nach § 97 Abs. 2 SGG

2.2.1. Allgemeines zum Anwendungsbereich der Vorschrift

Auf Antrag des Klägers kann der von ihm ³⁾ angefochtene Verwaltungsakt, der eine laufende Leistung herabsetzt oder entzieht, einstweilen ganz oder teilweise außer Vollzug gesetzt werden. Desgleichen wird vorläufiger Rechtsschutz gegen Verwaltungsakte gewährt, die die Erlaubnis nach Artikel 1 § 1 des Gesetzes zur Regelung der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung zurücknehmen, wider-

1) Meydam, GK - SGB IV, § 89 Rdn. 6 ff.;
Schirmer, BlStSozArbR 1977, S. 107

2) Plagemann, Rechtsschutz, Anm. 85

3) VGH München, BayVBL 1976, S. 239: eine Aussetzung kann nur begehren, wer auch klagebefugt ist.

rufen oder nicht verlängern. Im Gegensatz zu § 97 (1) SGG, in dem der Gesetzgeber die Interessenabwägung schon selbst abschließend getroffen hat, tritt bei § 97 (2) SGG die aufschiebende Wirkung nicht automatisch ein. Hier obliegt es dem Sozialgericht im Rahmen des ihm zustehenden Ermessens, aufgrund eines Antrags des Klägers ¹⁾, die einander widerstrebenden Interessen, das öffentliche an der alsbaldigen Vollziehung und das private an der Aussetzung der Vollziehung, fallgerecht abzuwägen ²⁾. Im Unterschied zu § 86 (3) SGG, der vorläufigen Rechtsschutz bei Widersprüchen nur gegen Leistungsentzugsbescheide in Angelegenheiten der Kriegsopferversorgung oder der Bundesanstalt für Arbeit anordnet, ist § 97 (2) 1 SGG insoweit nicht begrenzt und gilt für alle Verwaltungsakte, die eine laufende Leistung herabsetzen oder entziehen. § 97 (2) SGG soll darüber hinaus auch für die Feststellung des Ruhens gelten und selbst dann noch, wenn der Verwaltungsakt bereits vollzogen worden ist ³⁾. Fest steht, daß der Antrag nach § 97 (2) SGG auch noch im Berufungs- und Revisionsverfahren gestellt werden kann (s. §§ 153, 165 SGG) ⁴⁾, also während der gesamten Rechtshängigkeit der Klage.

1) Nach Plagemann, Rechtsschutz, Anm. 184 u.U. auch von amtswegen.
Wolber, SGB 1975, S. 438 ff. will aus Gleichbehandlungsgründen auch bei § 97 (2) SGG auf Antrag und Anhörung verzichten.

2) Zur ratio legis s.a. Peters/Sautter/Wolff, SGG, § 97 Anm. 6; zu den Grenzen des Ermessens Rohwer-Kahlmann, SGG, § 97 Anm. 72, 75; Peters/Sautter/Wolff, a.a.O., § 97 Anm. 8; Meyer-Ladewig, SGG, § 97 Anm. 17; Plagemann, Rechtsschutz, Anm. 153-163; BSGE 4, S. 151 (155), (danach gehören zu den Entscheidungen in Zulassungssachen auch Anordnungen über das Ruhen der Zulassung).

3) Meyer-Ladewig, SGG, § 97 Anm. 12; Peters/Sautter/Wolff, SGG, § 97 Anm. 7; Schieren/Beuster, SGG, § 97 Anm. 4

4) LSG Celle, NJW 1957, S. 1655; Peters/Sautter/Wolff, SGG, § 97 Anm. 6; Rohwer-Kahlmann, § 97 Anm. 54

Allerdings gibt § 97 (2) SGG im Gegensatz zu §§ 80 (5), 123 VwGO nach einhelliger Meinung keinen einstweiligen Rechtsschutz vor Klageerhebung. Auch in anderen Fällen, in denen eine extensive Auslegung bzw. analoge Anwendung von § 97 (2) SGG denkbar wäre, wird eine erweiternde Anwendung unter Hinweis auf die abschließende Aufzählung in § 97 (2) SGG abgelehnt ¹⁾. Diese Auffassung wird jedoch nicht mit ganzer Konsequenz durchgehalten. So will Meyer-Ladewig in Fällen, "in denen sonst dem Gedanken des Art. 19 (4) nicht Rechnung getragen werden kann", eine extensive Auslegung von § 97 (2) SGG zumindest in Betracht ziehen ²⁾. Darüber hinausgehend meint Plagemann, die gegen eine extensive Auslegung dieser Vorschrift ausgesprochenen Bedenken hätten sich spätestens mit der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 19.10.1977, durch die die einstweilige Anordnung im Sozialgerichtsverfahren für zulässig erachtet wurde, erledigt ³⁾. Rohwer-Kahlmann hat ebenfalls keine Bedenken gegen eine erweiternde bzw. analoge Anwendung von § 97 (2) SGG auf ähnlich gelagerte Fälle, da insbesondere die Entwicklung der einschlägigen Rechtsprechung zeige, daß § 97 SGG besonders im Hinblick auf Art. 19 (4) GG eine abschließende Regelung nicht enthalte ⁴⁾. Ferner schließt sich auch das

1) Peters/Sautter/Wolff, SGG, § 97 Anm. 6 ("grundsätzlich"); Meyer-Ladewig, SGG, § 97 Anm. 13; SG Koblenz, Breithaupt 1975, S. 723 f.: Entziehung einer Arbeitserlaubnis nach § 19 AFG; Glücklich, Anmerkung, SGB 1962, S. 430

2) Meyer-Ladewig, a.a.O., ebenda;
s.a. entgegen SG Koblenz, a.a.O., ebenda;
SG München, Breithaupt 1976, S. 526

3) Plagemann, Rechtsschutz, Anm. 92; ähnlich auch Meyer-Ladewig, a.a.O., § 97 Anm. 12

4) Rohwer-Kahlmann, SGG, § 97 Anm. 49 f.

LSG Bremen dieser Auffassung an. Es führt u.a. aus, es gäbe keinen allgemeinen Satz des Inhalts, daß Ausnahmenvorschriften eng auszulegen seien. Da auf diese, ebenso wie auf andere Normen, die allgemeinen Auslegungsregeln anwendbar seien, wäre auch hier eine Analogie zulässig und möglich. ¹⁾ Allein Glückliche hält § 97 (2) SGG für verfassungswidrig, da die abschließende und daher nicht erweiterungsfähige Vorschrift gegen Art. 19 (4) GG und Art. 3 GG verstoße. ²⁾

2.2.2. Probleme des vorläufigen Rechtsschutzes bei § 97 Abs. 2 SGG

Einigkeit besteht darüber, daß auch die in unregelmäßigen Abständen wiederkehrenden Leistungen, die aufgrund eines Dauerverwaltungsaktes gewährt werden, gemäß § 97 (2) S.1 SGG zunächst weiter erfolgen können. ³⁾

Dagegen fallen Leistungen, die nach ihrer Zweckbestimmung zum Unterhalt der Angehörigen des Versicherten beitragen sollen und durch Bescheid dem Versicherten entzogen, nun aber direkt den Angehörigen gewährt werden, weil der Versicherte seine Unterhaltspflichten vernachlässigt, nicht in den Anwendungsbereich der Vorschrift. ⁴⁾ Bestimmt das Gericht nicht den Zeitpunkt, ab dem die Wirkung

1) so LSG Bremen, Breithaupt 1977, S. 943, wo es im Hauptverfahren um die Frage ging, ob die Beklagte wegen nicht gezahlter Sozialversicherungsbeiträge die Klägerin zu Recht als Entleiherin nach dem Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, wie einen selbstschuldnerischen Bürgen gemäß § 393 Abs. 3 RVO in Anspruch nehmen könne.

2) Glückliche, Anmerkung, SGb 1962, S. 430

3) Plagemann, Rechtsschutz, Anm. 94; Peters/Sautter/Wolff, SGG, § 97 Anm. 6; Rohwer-Kahlmann, SGG, § 97 Anm. 56

4) vgl. LSG Hamburg, Breithaupt 1968, S. 890, in dem es um die Aussetzung des Vollzugs eines Verwaltungsaktes ging, durch den die unmittelbare Auszahlung von Arbeitslosenhilfe an Angehörige des Versicherten bewilligt wurde.

der Aussetzung einzutreten hat, so soll in entsprechender Anwendung von § 80 (5) VwGO dem Beschluß rückwirkende Kraft, bezogen auf den Zeitpunkt des Erlasses des Verwaltungsaktes, beizumessen sein. Dies kann jedoch nicht zur Folge haben, daß Leistungen nachzuzahlen sind, die der Leistungsträger wegen des Entziehungsbescheides zunächst nicht erbracht hat. Da eine Sicherung des laufenden Unterhalts für die Vergangenheit nicht möglich ist, kann der Schutzzweck des § 97 (2) SGG nicht auf rückwirkende sondern nur auf gegenwärtige Zahlungen gerichtet sein. ¹⁾

Rohwer-Kahlmann schlägt im Gegensatz zu Plagemann, der den Erlaß einer einstweiligen Anordnung gemäß § 123 VwGO analog für zulässig hält ²⁾, in Fällen, in denen der Bürger seiner Mitwirkungspflicht gem. §§ 62 ff. SGB I, 136 BSHG nicht nachkommt und daher ein Leistungsentzug nach §§ 66 (3) SGB I, 136 (2) BSHG angeordnet wird, schon bei einem Streit über den Umfang der Pflicht die entsprechende Anwendung von § 97 (2) SGG vor. ³⁾ Gegen diese Auffassung wird eingewandt, die Mitwirkungspflicht könne nicht gegen den Willen des Klägers durchgesetzt werden. Über die Einschränkung bzw. den Entzug der Leistungsgewährung ergehe außerdem ein zweiter Verwaltungsakt, dessen Vollzug unmittelbar gemäß § 97 (2) SGG ausgesetzt werden könne. ⁴⁾

Problematisch ist auch, inwieweit der Entzug oder die Herabsetzung von Sachleistungen bzw. die Auf-

1) Rohwer-Kahlmann, SGG, § 97 Anm. 78; vgl. Kopp, VwGO, § 80, Anm. 33 "in praeteritum non vivitur"

2) Plagemann, a.a.O., Anm. 95

3) Rohwer-Kahlmann, SGG, § 97 Anm. 9

4) Peters/Sautter/Wolff, SGG, § 97 Anm. 1

hebung von Erlaubnissen oder Genehmigungen mit einschneidenden Auswirkungen auf die Unterhaltsicherung in den Anwendungsbereich von § 97 (2) SGG einbezogen werden kann. Geht man von dem abschließenden Charakter der Vorschrift aus, so werden Sachleistungen noch unter die Norm zu subsumieren sein ¹⁾, da die Leistungsart durch § 97 (2) 1 SGG nicht bestimmt wird. Demgegenüber rechtfertigt der Widerruf der Arbeitserlaubnis nach dem Gesetzeswortlaut von § 97 (2) SGG nicht die Aussetzung des Vollzugs des zugrunde liegenden Verwaltungsaktes, selbst wenn dies mit erheblichen wirtschaftlichen Einschränkungen, die dem Entzug einer Rente gleichen, verbunden sein sollte. ²⁾

Plagemann, der für eine wirtschaftliche Betrachtungsweise bei § 97 (2) SGG plädiert, will allerdings nicht die Arbeitserlaubnis selbst unter § 97 (2) SGG subsumieren, sondern die Chance, die Erlaubnis auszunutzen und ein Arbeitsentgelt zur Sicherung des Unterhalts zu erzielen. ³⁾

Das BSG befiehlt eine entsprechende Anwendung von § 97 (2) SGG, wenn, und sei es nur mittelbar, bei Eingriffen der Verwaltung in laufende Leistungen, die dem Unterhalt zu dienen bestimmt oder doch ge-

1) s.a. Zeihe, SGG, § 97 (2) Anm. 1, 5 a; Plagemann, a.a.O., Anm. 98; LSG Rh.-Pf., Breithaupt 1972, S. 174 (Weigerung, sich in ein Sanatorium zu begeben); a.A. LSG Ba.-Wü., Breithaupt 1974, S. 451 für Krankenhauspflegeleistungen, da der Sozialversicherungsträger diese nicht durch Bescheid gewähre sondern nur die Kosten des behandelnden Arztes übernehme; vgl. ferner § 154 SGG: dort sind nur Geldleistungen gemeint; so statt aller Plagemann, a.a.O., Fn. 545

2) so SG Koblenz, Breithaupt 1975, S. 724; entgegengesetzt: SG München, Breithaupt 1976, S. 526; "Mit dem Widerruf einer Arbeitserlaubnis werde zwar keine typische laufende Leistung i.S.v. § 97(2)S.1 SGG entzogen; dem müsse jedoch der Entzug der rechtlichen Erlaubnis zur Ausübung einer Beschäftigung gleichgestellt werden, weil der Arbeitnehmer regelmäßig seinen Lebensunterhalt ohne Arbeitserlaubnis nicht bestreiten kann."

3) Plagemann, a.a.O., Anm. 97

eignet sind, die wirtschaftliche Situation (erheblich) verschlechtert würde.¹⁾ Teilweise werden sogar Anordnungen über die einstweilige Aussetzung des Vollzugs auf § 202 SGG i.V.m. §§ 719 (1), 707 ZPO gestützt, wenn die Voraussetzungen von § 97 (2) SGG nicht vorliegen.²⁾ Von Rechtsprechung³⁾ und Literatur⁴⁾ wird jedoch allgemein anerkannt, daß Beiträge, die ein Versicherungsnehmer aufgrund eines Bescheids zu zahlen hat, keine Leistungen i.S.v. § 97 (2) SGG sind.

Richtig ist, daß es hier nicht um die Unterhaltssicherung des Klägers, sondern um die Deckung des Finanzbedarfs des Sozialleistungsträgers geht. Es wird allerdings auch die Meinung vertreten, Art. 19 (4) GG gebiete in geeigneten Fällen eine entsprechende Anwendung von § 97 (2) SGG auf Beitragsbescheide.⁵⁾ Auch Plagemann hält diese Überlegung nicht für abwegig, verweist aber statt auf § 97 (2) SGG auf Vollstreckungsschutzmaßnahmen nach dem Verwaltungsvollstreckungsrecht bzw. auf die entsprechende Anwendung von § 123 VwGO.⁶⁾

-
- 1) BSGE 1, S. 36 (38 ff.): Entziehung der kassenärztlichen Zulassung; Hemmung der Aufrechnung bei Honorarkürzungsbescheid s. BSCE 19, S. 207, (211)
 - 2) LSG Hamburg, Breithaupt 1957, S. 418; LSG Ba.-Wü., SGB 1962, S. 426 (428) unter Hinweis auf Art. 19 (4) GG, da durch den Verwaltungsakt "ein dem Vorliegen eines Urteils i.S.d. § 719 (1) ZPO vergleichbarer Tatbestand gegeben sei".; a.A. LSG Hamburg, Breithaupt 1959, S. 1053 ff. (Beitragsbescheide)
 - 3) BSG NJW 1965, S. 2077: Nachforderung von Beiträgen zur Sozialversicherung; LSG Ba.-Wü., Breithaupt 1974, S. 450; LSG Bremen, Breithaupt 1977, S. 942; LSG Hamburg, Breithaupt 1959, S. 1053 ff.
 - 4) Zeihe, SGG, § 97 Anm. 14 c; Plagemann, Rechtsschutz, Anm. 99; Peters/Sautter/Wolff, SGG, § 97 Anm. 6; Schieren/Beuster, SGG, § 97 Anm. 4
 - 5) Rohwer-Kahlmann, SGG, § 97 Anm. 52; Zeihe, SGG, § 97 (2) Anm. 1
 - 6) Plagemann, Rechtsschutz, Anm. 100.

Einigkeit in Rechtsprechung und Literatur herrscht wieder darüber, daß Vergütungen, die der Kassenarzt von der Kassenärztlichen Vereinigung für die Behandlung von Kassenpatienten erhält, keine laufenden Leistungen sind ¹⁾ und daher schon aus diesem Grund weder Honorarkürzungsbescheide noch Regreßbescheide nach § 368 n (4) RVO unter § 97 (2) SGG fallen. ²⁾ Gleiches gilt für Klagen gegen die Genehmigung zur Errichtung von Innungs- und Betriebskrankenkassen. ³⁾

Ebenso wie § 86 SGG findet § 97 (2) SGG keine Anwendung auf Verwaltungsakte, deren Regelungsinhalt sich allein auf die Ablehnung der begehrten Leistung beschränkt. § 97 (2) SGG soll den Kläger vor einer Verschlechterung der bestehenden wirtschaftlichen Verhältnisse schützen und will seine Rechtsstellung nicht (vorläufig) erweitern. ⁴⁾

Konsequenterweise kann die Vorschrift auch nicht zugunsten des beklagten Leistungsträgers wirken ⁵⁾, da sie eine Schutzvorschrift für den Versicherten und nicht für den Versicherungsträger ist.

1) Zeihe, SGG, § 97 Anm. 36; Plagemann, Rechtsschutz, Anm. 101 f.; LSG Berlin, NJW 1968, S. 2319

2) Zeihe, a.a.O., ebenda; LSG Essen NJW 1970, S. 1992; LSG Hamburg, DOK 1969, S. 230: Regreßbescheid wegen unwirtschaftlicher Verordnungsweise; s. aber auch S. 37 und die Ausführungen zu § 97 (1) Nr. 2 SGG

3) Hess. LSG, Breithaupt 1961, S. 790; Bayr. LSG, Breithaupt 1965, S. 367; a.A. LSG Niedersachsen, Breithaupt 1959, S. 979, da der Gesetzgeber offenbar (unrichtigerweise) in Ablehnung an § 130 RVO a.F. und im Gegensatz zu der Regelung in der allgem. Verwaltungsgerichtsbarkeit angenommen habe, in anderen als den ausdrücklich in § 97 Abs. 2 SGG genannten Fällen, bestehe ein Bedürfnis für die Aussetzung der Vollziehung nicht.

4) Meyer-Ladewig, SGG, § 97 Anm. 3; Plagemann, Rechtsschutz, Anm. 109, 113

5) LSG Berlin, Breithaupt 1962, S. 263 f. (Rentenbewilligung durch Versicherungsträger)

Rechtsprechung ¹⁾ und Literatur ²⁾ wenden § 97 (2) SGG aber dann (entsprechend) an, wenn gegen eine Aufrechnungserklärung in Form eines Verwaltungsaktes Anfechtungsklage verbunden mit einem Antrag auf Aussetzung der Vollziehung erhoben wird, da auch so eine laufende Leistung herabgesetzt oder entzogen werden könne. Nach Plagemann greift § 97 (2) SGG selbst dann ein, wenn die Aufrechnungserklärung nicht in einen Verwaltungsakt gekleidet ist. ³⁾ Dabei soll nicht maßgebend sein, welchem Rechtsgrund die aufzurechnende Forderung entstammt, ob sie öffentlich-rechtlich oder gar privatrechtlich einzuordnen ist. ⁴⁾ Ist die zur Aufrechnung gestellte und bestrittene Gegenforderung jedoch zivilrechtlicher Natur, so wird der Rechtsstreit in entsprechender Anwendung von § 114 (2) SGG auszusetzen sein, da die Entscheidung über das Bestehen dieser Forderung bis zur Höhe des aufzurechnenden Betrages der auch die Zivilgerichte bindenden materiellen Rechtskraft gemäß § 141 (2) SGG unterläge. ⁵⁾ Vorläufiger Rechtsschutz soll bei der Aufrechnung von Rückforderungsansprüchen gegen laufende Leistungen sowohl unter

-
- 1) BSGE 19, S. 207 (211);
LSG Berlin, Breithaupt 1966, S. 265
 - 2) Rohwer-Kahlmann, SGG, § 97 Anm. 55, 57 - 59;
Peters/Sautter/Wolff, SGG, § 97 Anm. 6
 - 3) Plagemann, Rechtsschutz, Anm. 112;
 - 4) Rohwer-Kahlmann, § 97 Anm. 57;
a.A. Bayr. LSG, Breithaupt 1966, S. 805
 - 5) BSGE 19, S. 207 ff.

den Voraussetzungen von § 97 (2) SGG als auch nach § 97 (1) Nr. 2 SGG möglich sein. ¹⁾ Die Tatbestandsmerkmale "herabsetzt" und "entzieht" versteht man untechnisch. ²⁾ Bei diesen Bescheiden wird auf den (zukünftigen) wirtschaftlichen Verlust der (bereits) bewilligten Leistung abgestellt "und nicht an die formale Inhaberschaft eines Anspruchs angeknüpft". ³⁾ So soll beispielsweise auch bei einem "Wegfall", "Ruhen" oder "Erlöschen" einer Leistung die Anwendung von § 97 (2) SGG geboten sein. ⁴⁾

Die für die Dauer der Vollzugsaussetzung weitergewährten Leistungen sind bei einem endgültigen Unterliegen nach den Grundsätzen des öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruchs, gemäß §§ 42, 43 SGB analog oder nach Spezialvorschriften, dem Leistungsträger zu erstatten oder wertmäßig zu ersetzen. ⁵⁾ § 97 (2) SGG findet ferner auf Klagen gegen Verwaltungsakte Anwendung, mit denen die Erlaubnis nach § 1 Arbeitnehmerüberlassungsgesetz zurückgenommen, widerrufen oder nicht verlängert wird. Nach § 2 (4) dieses Gesetzes gilt die befristet erteilte Erlaubnis für ein Jahr weiter, wenn die Verlängerung nicht vor Ablauf des Jahres abgelehnt wurde. ⁶⁾ Mit der Aussetzung des Vollzugs

-
- 1) Rohwer-Kahlmann, SGG, § 97 Anm. 55;
a.A. Peters/Sautter/Wolff, SGG, § 97 Anm. 6
 - 2) Plagemann, Rechtsschutz, Anm. 104, 108; ähnlich
Rohwer-Kahlmann, SGG, § 97 Anm. 57;
Peters/Sautter/Wolff, SGG, § 97 Anm. 6
 - 3) Plagemann, Rechtsschutz, Anm. 106
 - 4) Zeihe, SGG, § 97 Anm. 15;
Peters/Sautter/Wolff, SGG, § 97 Anm. 6;
Ewald, SGB 1959, S. 79
 - 5) vgl. oben S. 21
 - 6) Meyer-Ladewig, SGG, § 97 Anm. 12

der Zurücknahme, des Widerrufs oder der Nichtverlängerung gemäß § 97 (2) SGG dauert die Erlaubnis gemäß § 2 (4) S. 3 AUG fort.¹⁾ Da § 97 (2) SGG das wirtschaftliche Interesse des Verleihers an dem Fortbestand der Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung schützen will, greift die Vorschrift bei Versagung einer Erlaubnis oder beim Erlöschen nach § 2 (5) AUG nicht ein.²⁾ Für den Fall, daß der unterlegene Antragsgegner sich weigert, den nicht vollstreckungsfähigen Beschluß gemäß § 97 (2) SGG zu befolgen, raten Meyer-Ladewig und Plagemann dem Betroffenen, nach § 123 VwGO vorzugehen, um aus der dann ergehenden Anordnung zu vollstrecken.³⁾

2.3. Beschlüsse über die Anordnung und Aussetzung der Vollziehung nach § 97 (3 u. 4) SGG

§ 97 (3) SGG verweist auf Absatz (1) Nr. 4 sowie 6 und kommt in Betracht, wenn die aufschiebende Wirkung durch die Vollziehung der angefochtenen Entscheidung abgelöst oder die bereits angeordnete Vollziehung zur Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ausgesetzt werden soll. Hat beispielsweise der Berufungsausschuß nach § 368 b (5) RVO die sofortige Vollziehung angeordnet, so kann das Gericht diese aussetzen und die aufschiebende Wirkung gemäß § 368 b (4) RVO, § 97 (1) Nr. 4 SGG wiederherstellen, wenn ein Verfahrensbeteiligter⁴⁾ den

1) Plagemann, Rechtsschutz, Anm. 116

2) Meyer-Ladewig, SGG, § 97 Anm. 12

3) Meyer-Ladewig, SGG, § 97 Anm. 17 unter Hinweis auf OVG Lüneburg, DÖV 1974, S. 822; Plagemann, Rechtsschutz, Anm. 171

4) also nicht nur Kläger oder Beklagter s. Peters/Sautter/Wolff, SGG, § 97 Anm. 7; Rohwer-Kahlmann, SGG, § 97 Anm. 63

entsprechenden Antrag gestellt hat. Das Gericht kann allerdings auch auf Antrag den sofortigen Vollzug der Zulassungsentscheidung anordnen, wenn der Berufungsausschuß seine Befugnis gemäß § 368 b (5) RVO nicht ausübte. Allerdings wird der Berufungsausschuß nach Klageerhebung nicht mehr selbst entscheiden, da von diesem Zeitpunkt an aus Gründen der Verfahrenskonzentration ausschließlich das Gericht zuständig ist.¹⁾ Dem Berufungsausschuß bleibt dann allerdings wie jedem anderen Beteiligten die Möglichkeit, selbst einen Antrag gemäß § 97 (3) SGG zu stellen. Hätte er jedoch die Anordnung selbst erlassen können, so wird dafür das Rechtsschutzbedürfnis fehlen.²⁾ Über die Antragsbefugnis hinaus, die bei Absatz 2 nur dem Kläger und Beklagten zusteht, ist Absatz 3 auch im übrigen vergleichsweise weiter gefaßt. Gegenstand der Aussetzung können selbst günstige Entscheidungen sein. Demgegenüber findet Absatz 2 nur Anwendung bei der Vollzugsaussetzung belastender Verwaltungsakte.

§ 97 (3) SGG wurde durch Art. II § 12 SGB mit Wirkung vom 1.7.1977 ergänzt und gilt seither ebenso für Aufsichtsklagen gegen Bescheide nach § 89 (1) 2 SGB IV. Auch hier liegt die Aussetzungs- bzw. Anordnungsbefugnis nach Klageerhebung ganz in der Hand des Gerichts. Es ist anerkannt, daß vor einem entsprechenden Gerichtsbeschuß die Aufsichtsbehörde noch nicht einmal zur Anberaumung von Sitzungen des Selbstverwaltungsorgans gemäß § 89 (3) SGB IV befugt ist.³⁾ Hat das Gericht jedoch den

1) Plagemann, Rechtsschutz, Anm. 121

2) ders., a.a.O., Anm. 122

3) Meyer-Ladewig, SGG, § 97 Anm. 9

sofortigen Vollzug auf Antrag der beklagten Aufsichtsbehörde angeordnet, so kann letztere auch schon vor Unanfechtbarkeit des Verpflichtungsbescheides im Wege des Verwaltungszwangs vollstrecken ¹⁾.

Wie bei § 97 (3) SGG ist das Gericht im Anwendungsbereich von Absatz 4 befugt, eine angeordnete Vollziehung auszusetzen. Anders als dort gibt es hier jedoch nicht die Möglichkeit, die sofortige Vollziehung der angefochtenen Entscheidung anzuordnen. Ist die sofortige Vollziehung also nicht schon vor Klageerhebung von der Verwaltungsbehörde verfügt, kann sie auch nicht mehr vom Gericht beschlossen werden ²⁾.

Daher hat § 97 (4) SGG anders als Absatz (1) Nr. 5 allein Bedeutung bei Amtsenthaltungen gemäß § 59 (3) 1 SGB IV, jedoch nicht bei Amtsentscheidungen nach § 59 (2) SGB IV. Nur dann, wenn das Mitglied eines Selbstverwaltungsorgans in grober Weise gegen die ihm obliegenden Amtspflichten verstoßen hat und deswegen des Amtes enthoben wird, kann die sofortige Vollziehung der Amtsenthebung gemäß § 59 (3) 2 SGB IV angeordnet werden. Demgegenüber können sich bei der Amtsentbindung weder das Gericht noch der Vorstand auf eine Ermächtigungsgrundlage für die Anordnung des sofortigen Vollzugs stützen, und daher tritt hier das Ende der Mitgliedschaft erst mit Unanfechtbarkeit des Beschlusses gemäß § 59 (1) Nr. 3 SGG ein.

1) Plagemann, Rechtsschutz, Anm. 12 b;
a.A. Peters/Sautter/Wolff, SGG, § 97 Anm. 9

2) Peters/Sautter/Wolff, SGG, § 97 Anm. 10;
kritisch Rohwer-Kahlmann, SGG, § 97 Anm. 66

3. Die aufschiebende Wirkung und die vorläufige
Aussetzung des Vollzugs nach § 175 SGG

Die Einlegung der Beschwerde hat im Sozialgerichts-
verfahren ¹⁾ grundsätzlich keine aufschiebende Wir-
kung. ²⁾ Lediglich in den drei von § 175 SGG ge-
nannten Fällen ³⁾ tritt sie ausnahmsweise ⁴⁾
ein. Ab dem Zeitpunkt der Beschwerdeeinlegung darf
der Beschluß nicht vollstreckt werden, schon begon-
nene Vollstreckungsmaßnahmen sind einzustellen,
und der Beschwerdeführer ist nicht gehalten, den
Beschluß zu befolgen. ⁵⁾ Entscheidungen, die Ord-
nungs- und Zwangsmittel festsetzen, sind solche
nach §§ 21, 35, 47, 201 SGG. Bei der Anwendung von
§ 175 S. 1 SGG ist zu berücksichtigen, daß § 175
S. 2 SGG die speziellere Regelung ist und daher
vorgeht. ⁶⁾ Die Aussetzung des Vollzugs in sonsti-
gen Fällen gemäß § 175 S. 3 SGG erfolgt von amtswe-
gen. Die Aussetzung selbst und auch ihr Umfang
liegen im Ermessen des Gerichts und setzen eine
Interessenabwägung voraus. Die Entscheidung kann
beispielsweise von einer Sicherheitsleistung abhän-

-
- 1) Die anderen Verfahrensordnungen enthalten ver-
gleichbare Regelungen s. § 149 VwGO; 131 FGO;
572 ZPO
 - 2) statt aller Hofmann/Schroeter, SGG, § 175 Anm. 1;
vgl. LSG Essen NJW 1970, S. 1992 "...die Aus-
nahmenvorschriften der §§ 97 Abs. 1, 175 SGG..."
 - 3) diese sind a) Festsetzung eines Ordnungs- oder
Zwangsmittels durch die angefochtene Entschei-
dung b) Vorschriften der ZPO und des GVG,
die kraft Verweisung auch im SGG gelten, ordnen
die aufschiebende Wirkung an c) das Gericht
oder der Vorsitzende, dessen Entscheidung ange-
fochten wird (str.), setzen den Vollzug aus.
 - 4) Meyer-Ladewig, SGG, § 175 Anm. 1; Peters/Sautter/
Wolff, SGG, Anm. zu 175; Rohwer-Kahlmann, SGG,
§ 175 Anm. 1; Schieren/Beuster, SGG, § 175 Anm.
1; Hofmann/Schroeter, SGG, § 175 Anm. 1
 - 5) Plagemann, Rechtsschutz, Anm. 213; Rohwer-Kahl-
mann, SGG, § 175 Anm. 4; Peters/Sautter/Wolff,
SGG, Anm. zu 175
 - 6) Mellwitz, SGG, § 175 Anm. 4; Peters/Sautter/Wolff,
SGG, Anm. zu § 175

gig gemacht oder mit Auflagen versehen werden. ¹⁾
Umstritten ist, ob auch das Beschwerdegericht be-
fugt ist, den Vollzug der angefochtenen Entschei-
dung einstweilen auszusetzen. Eine Meinung ²⁾ be-
jahrt die Anwendung von § 572 (3) ZPO über § 202
SGG und verweist auf die h.M. zu § 149 VwGO, die
die Befugnis zur Aussetzung durch das Beschwerde-
gericht annimmt, obwohl die Vorschrift ebenso wie
§ 175 S. 3 SGG dem Beschwerdegericht diese Ent-
scheidungsmöglichkeit nicht ausdrücklich einräumt.
Andererseits ist man der Auffassung, ³⁾ daß die
abschließende Regelung des § 175 S. 3 SGG eine ent-
sprechende Anwendung von § 572 (3) ZPO ausschlie-
ßt. Übereinstimmung besteht dahingehend, daß die einmal
angeordnete Aussetzung jederzeit bis zur endgültigen
Entscheidung über die Beschwerde entsprechend § 97
(2) 3 SGG aufgehoben und abgeändert werden kann. ⁴⁾
Das SG kann den Aussetzungsbeschluß nicht mehr
aufheben, wenn der Rechtsstreit bereits vor dem
LSG anhängig ist. ⁵⁾
Umstritten ist allerdings, ob gegen die Entschei-
dung gemäß § 175 S. 3 SGG Rechtsmittel statthaft
sind. Die Meinung, die auch dem Beschwerdegericht
die Befugnis gemäß § 175 S. 3 SGG einräumt, ver-

1) Plagemann, SGG, Anm. 211; Meyer-Ladewig, SGG,
§ 175 Anm. 3 unter Hinweis auf § 97 (2) S. 3

2) Meyer-Ladewig, SGG, § 175 Anm. 3; Rohwer-Kahl-
mann, SGG, § 175 Anm. 5; zu § 149 VwGO s.
Kopp, VwGO, § 149 Anm. 2

3) Mellwitz, SGG, § 175 Anm. 6 b; Peters/Sautter/
Wolff, SGG, Anm. zu § 175; Hofmann/Schroeter,
SGG, § 175 Anm. 1; Schieren/Beuster, SGG,
§ 175 Anm. 2

4) Plagemann, SGG, Anm. 211

5) Meyer-Ladewig, SGG, § 97 Anm. 3;
a.A. Rohwer-Kahlmann, SGG, § 175 Anm. 6

neint dies. ¹⁾ Eine andere Auffassung geht von der Zulässigkeit einer Beschwerde gemäß § 172 (1) SGG aus, da es sich nicht um eine prozeßleitende Verfügung handle. ²⁾ Vertreten wird auch, daß nur gegen die Ablehnung der Aussetzung Beschwerde beim LSG möglich sei. ³⁾ Die Anordnungen nach § 175 S. 3 SGG treten automatisch mit Erlaß der Beschwerdeentscheidung außer Kraft. ⁴⁾

1) Meyer-Ladewig, SGG, § 175 Anm. 3;
Plagemann, SGG, Anm. 212

2) Peters/Sautter/Wolff, SGG, Anm. zu § 175;
Daprich, Verfahren, S. 194

3) Schieren/Beuster, SGG, § 175 Anm. 2;
Zeihe, SGG, § 175 Anm. 76

4) Rohwer-Kahlmann, SGG, § 175 Anm. 7

III. Formen einstweiliger Anordnungen bei Vor-
nahmesachen gemäß §§ 130 S. 2, 180 Abs. 6,
181 SGG ¹⁾

1. Die Anordnung vorläufiger Leistungen im Grund-
urteil gemäß § 130 SGG

§ 130 SGG dient der Beschleunigung und Entlastung des Gerichtsverfahrens bei kombinierten Anfechtungs- und Leistungsklagen (§ 54 Abs. 4 SGG) sowie bei reinen Leistungsklagen (§ 54 Abs. 5 SGG).²⁾ Das eher als Ausnahme³⁾ konzipierte Grundurteil wurde in der Praxis zur Regel.⁴⁾

Weder die Zivilprozeßordnung noch die Verwaltungs- oder die Finanzgerichtsordnung enthalten eine dem § 130 SGG entsprechende Vorschrift. Diese Prozeßordnungen kennen lediglich das Grundurteil als Zwischenurteil (vgl. § 111 VwGO, § 99 FGO, § 304 ZPO), das als Entscheidungsform auch der Sozialgerichtsbarkeit nicht fremd ist⁵⁾, jedoch erheb-

1) Die Aussetzung durch einstweilige Anordnung des Rechtsmittelrichters gemäß § 199 (2) SGG betrifft das Vollstreckungsverfahren aufgrund eines gerichtlichen Titels und nicht den vorläufigen Rechtsschutz in oder vor einem Erkenntnisverfahren, in dem die Entscheidung der Verwaltungsbehörde (Verwaltungsakt) vom gerichtlichen Rechtsschutz her gesehen eigentlich auch nur die Stellungnahme einer Partei ist. Daher bleiben einstweilige Anordnungen gemäß § 199 (2) SGG hier außer Betracht; s.a. Leipold, Grundlagen, S. 41; Felk, SGB 1971, S. 128; anders Plagemann, Rechtsschutz, 22 ff.; w.N.s. S. 7 Fn.2

2) Meyer-Ladewig, SGG, § 130 Anm. 1

3) Peters/Sautter/Wolff, SGG, § 130 Anm. 1; Hofmann/Schroeter, SGG, § 130 Anm. 1 u. 2; a.A. Zeihe, SGG, § 130 Anm. 1 a

4) Siegmund SGB 1957, S. 198; Meyer-Ladewig, SGG, § 130 Anm. 3

5) Meyer-Ladewig, SGG, § 130 Anm. 3; Miesbach/Ankenbrank, SGG, § 130 Anm. 2; Zeihe, SGG, § 130 Anm. 1 a

lich von § 130 SGG abweicht. ¹⁾ Während das dem Grundurteil gemäß § 130 SGG folgende Nachverfahren über die nicht notwendigerweise strittige ²⁾ Höhe der Geldleistung ³⁾ in den Händen der leistenden Verwaltungsbehörde liegt und durch den Erlaß eines Verwaltungsaktes abgeschlossen wird ⁴⁾, entscheidet nach einem (echten) Zwischenurteil das Gericht in einem weiteren Streitverfahren, das regelmäßig erst nach Rechtskraft dieser Entscheidung folgt, durch Schlußurteil. ⁵⁾

Die Verpflichtung des Versicherungsträgers oder der Versorgungsbehörde, über die Höhe der Leistung zu befinden, entspringt dem Grundurteil nach §§ 130 i.V.m. 141 SGG ⁶⁾. Dieses ist mangels einer Aussage über die Höhe der Leistung insoweit nicht vollstreckungsfähig und kann daher nur durch Erlaß eines entsprechenden Bescheides ausgeführt werden (Ausführungsbescheid). ⁷⁾ Entsteht nach Festsetzung der Zahlungen durch den Leistungsträger Streit über deren Höhe, so ist dieser in einem neuen Prozeß auszutragen, da die Rechtskraft des Grundurteils

1) Zur Auslegung von § 130 SGG kann daher die Rechtsprechung der Verwaltungs- und Zivilgerichtsbarkeit zum Grundurteil als Zwischenurteil nicht herangezogen werden; s. Peters/Sautter/Wolff, SGG, § 130 Anm. 1

2) Bettermann, NJW 1959, S. 66; Peters/Sautter/Wolff, SGG, § 97 Anm. 1

3) § 130 SGG kann nicht entsprechend auf die Geltendmachung von Sachleistungen angewandt werden: statt aller Meyer-Ladewig, SGG, § 130 Anm. 2

4) Peters/Sautter/Wolff, SGG, § 130 Anm. 2; Meyer-Ladewig, SGG, § 130 Anm. 1; BSGE 27, S. 81

5) Rosenberg/Schwab, Zivilprozeß, S. 300; Schieren/Beuster, SGG, § 130 Anm. 1

6) BSG NJW 1957, S. 925

7) Bayr. LSG Breithaupt 1959, S. 871

nicht entgegensteht. ¹⁾

Wie dem Wort "auch" in § 130 S. 1 SGG zu entnehmen ist, ist das Gericht nach seinem selbst in der Rechtsmittelinstanz nicht überprüfbaren Ermessen ²⁾

befugt, statt eines bloßen Grundurteils auch die Höhe der Leistung in eigener Zuständigkeit zu bestimmen. Entsprechend der ratio legis von § 130 S. 1 SGG sollte allerdings dann durch Grundurteil entschieden werden, wenn der zuständige Leistungsträger mit den ihm zur Verfügung stehenden Möglichkeiten, Erfahrungen und Unterlagen die mitunter schwierigen Rentenberechnungen schneller und besser vornehmen kann als das Gericht. ³⁾

Die Zeit, die vom Erlaß des Grundurteils bis zur Entscheidung der Verwaltungsbehörde verstreicht, soll ggf. durch die Anordnung vorläufiger Leistungen gemäß § 130 S. 2 SGG überbrückt werden ⁴⁾, so daß der Unterhalt des möglicherweise anspruchsberechtigten Klägers nicht beeinträchtigt wird. ⁵⁾ Die Anordnung einer einmaligen oder laufenden vorläufigen Leistung ist vom Gesetzgeber als Fürsorgemaßnahme gedacht. ⁶⁾

Anders als das Grundurteil ist die angeordnete Zahlung nach § 199 (1) Nr. 1 SGG sofort vollstreckungsfähig. ⁷⁾ Die Anordnung ergeht auch ohne Antrag,

1) Zeihe, SGG, § 130 Anm. 1 a

2) BSG, SGB 1958, S. 55; Zeihe, SGG, § 130 Anm. 3

3) Plagemann, Rechtsschutz, Anm. 201; Rohwer-Kahlmann, SGG, § 130 Anm. 6; LSG Berlin, Breithaupt 1957, S. 475 ff.

4) Plagemann, a.a.O., ebenda; Meyer-Ladewig, SGG, § 97 Anm. 5; Mellwitz, SGG, § 130 Anm. 13

5) Schwankhardt, Rechtsschutz, S. 296

6) Miesbach/Ankenbrank, SGG, § 130 Anm. 3 unter Hinweis auf die Begründung

7) Meyer-Ladewig, SGG, § 130 Anm. 5

also von Amts wegen, und steht ebenso wie der Er-
laß des Grundurteils im Ermessen des Gerichts. ¹⁾
Bei der Ausübung des Ermessens, ob und in welcher
Höhe vorläufige Zahlungen geleistet werden, ist
entsprechend dem Normzweck des § 130 S. 2 SGG insbe-
sondere auf die wirtschaftlichen Verhältnisse des
Klägers unter Berücksichtigung der Erfolgchancen
in der nächsten Instanz und der damit verbundenen
Frage einer eventuellen Rückzahlungspflicht abzu-
stellen. ²⁾ Die Anordnung kann beispielsweise vor-
sehen, daß für die Vergangenheit eine einmalige
und für die Zeit nach dem Urteil eine laufende Lei-
stung zu erbringen ist. ³⁾ Die Leistung ist zu be-
ziffern und der Zeitpunkt ihrer Fälligkeit festzu-
setzen ⁴⁾, da anderenfalls das mit § 130 S. 2 SGG
verfolgte Ziel, dem Kläger schnell zu helfen, wegen
mangelnder Vollstreckungsfähigkeit nicht erreicht
werden könnte.

Unzulässig ist es somit, die Zahlung ganz allgemein
also lediglich dem Grunde nach anzuordnen. ⁵⁾

Der durch § 130 S. 2 SGG bestimmte Betrag ist auf
die Leistung anzurechnen, über die die Verwaltungs-
behörde gemäß § 130 S. 1 SGG einen neuen Bescheid
zu erlassen hat. ⁶⁾ Die vorläufig erbrachten Lei-

1) Peters/Sautter/Wolff, SGG, § 130 Anm. 1 u. 3;
Schieren/Beuster, SGG, § 130 Anm. 1

2) Plagemann, Rechtsschutz, Anm. 203

3) Rohwer-Kahlmann, SGG, § 130 Anm. 12; Zeihe, SGG,
§ 130 Anm. 8

4) Meyer-Ladewig, SGG, § 130 Anm. 5;
a.A. Peters/Sautter/Wolff, SGG, § 130 Anm. 3

5) Rohwer-Kahlmann, SGG, § 130 Anm. 12

6) Plagemann, Rechtsschutz, Anm. 208

stungen sind im Falle rechtskräftiger Klageabweisung zurückzuerstatten. Da die Zahlungen unter Vorbehalt erfolgen, finden die Grundsätze über den Vertrauensschutz keine Anwendung. ¹⁾

Das gegen das Grundurteil eingelegte Rechtsmittel erfaßt auch die Anordnung; ²⁾ jedoch ist diese - wie sich aus § 130 S. 3 SGG ergibt - allein nicht anfechtbar. ³⁾ Soweit die Anordnung betroffen ist, hat die Berufung allerdings keine aufschiebende Wirkung. ⁴⁾ Ficht der Kläger das Grundurteil an und hebt das Rechtsmittelgericht die Entscheidung auf, so soll die Berufungsinstanz unter Zugrundelegung des Rechtsgedankens der reformatio in peius (auch Verbot der Aufrechnung) befugt sein, in entsprechender Anwendung von § 130 S. 2 SGG eine vorläufige Leistung jedenfalls in der Höhe anzuordnen, "daß der Kläger nicht schlechter steht, als wenn er kein Rechtsmittel eingelegt hätte". ⁵⁾

2. Einstweilige Anordnungen bei einander widersprechenden und bei Gefahr unvereinbarer Entscheidungen

Aufgrund der komplexen und komplizierten Materie des Sozial(versicherungs)rechts herrscht häufig

-
- 1) statt aller BSGE 39, S. 255 (259): "Die Erwägung, daß in solchen Fällen der nur vorläufig zu befriedigende Kläger mit einer Aufhebung des für ihn günstigen Urteils rechnen muß und das Risiko trägt, ob es endgültig bei der Ausführung des Urteils bleibt, rechtfertigt den Grundsatz, daß er alles, was er "in Ausführung" des zuerkennenden Urteils erlangt hat, wieder zurückerstatten muß..."
 - 2) Peters/Sautter/Wolff, SGG, § 130 Anm. 3
 - 3) Rohwer-Kahlmann, SGG, § 130 Anm. 13
 - 4) Meyer-Ladewig, SGG, § 154 Anm. 3; Hofmann/Schroeter, SGG, § 130 Anm. 5
 - 5) so Rohwer-Kahlmann, SGG, § 130 Anm. 14; Peters/Sautter/Wolff, SGG, § 130 Anm. 3 unter Hinweis auf Bayr. LVA, Breithaupt 1954, S. 266: {Anfechtung und Aufhebung wegen formaler Mängel}; a.A. Plagemann, Rechtsschutz, Anm. 206

(längere Zeit) Unklarheit über den zuständigen Leistungsverpflichteten. Daher kann es vorkommen, daß sich mehrere Versicherungsträger für zuständig bzw. unzuständig halten und auf diese Weise keine Entscheidung in der Sache selbst, oder aber divergierende bzw. mehrere gleichlautende Entscheidungen der Leistungsträger aber auch der Gerichte ergehen. Vor diesem Hintergrund sind die §§ 180 bis 182 SGG zu sehen. ¹⁾

Bei den Vorschriften handelt es sich um spezifisch sozialgerichtliche Normen, deren praktische Bedeutung jedoch nicht hoch eingeschätzt wird ²⁾ und die den anderen Verfahrensordnungen nicht bekannt sind. ³⁾ Nach § 180 SGG ist die Wiederaufnahme des Verfahrens zulässig, wenn mehrere jedoch sachlich unvereinbare Entscheidungen bereits rechtskräftig bzw. bestandskräftig sind. § 181 SGG soll ebenso wie § 182 SGG verhindern, daß bindende aber einander widersprechende Entscheidungen, den durch § 180 SGG beschriebenen Konflikt auslösen. ⁴⁾ Rechts- und Bestandskraft von Gerichts- bzw. Verwaltungsentscheidungen werden durchbrochen, da nicht miteinander vereinbare Entscheidungen Rechtsunsicherheit erzeugen. ⁵⁾ Bei einem positiven Kompetenzkonflikt gemäß § 180 (1) Nr. 1 SGG besteht die Gefahr ungerechtfertigter Doppelleistungen, während beim negativen Konflikt nach §§ 180 (1) Nr. 2, 181, 182 SGG der Anspruchsberechtigte leer auszugehen droht.

1) Peters/Sautter/Wolff, SGG, § 180 Anm. 1; bereits die §§ 1704, 1706, 1706 a, 1738 der RVO a.F. von 1911 enthielten entsprechende Regelungen

2) Meyer-Ladewig, § 180 Anm. 1

3) derselbe, a.a.O., § 180 Anm. 3

4) derselbe, a.a.O., § 180 Anm. 1, § 181 Anm. 1, § 182 Anm. 1

5) eingehend zu §§ 180, 181 BSC NJW 1973, S. 1096

Im Rahmen dieser auf die speziellen Verhältnisse des Sozialrechts zugeschnittenen Normen verfolgen einstweilige Anordnungen nach §§ 180 (6), 181 S. 2 SGG das Ziel, "die wirtschaftlichen Folgen des noch ungeklärten (negativen) Kompetenzkonflikts für den Beteiligten zu mindern".¹⁾ Insofern stellen diese Vorschriften eine Fortsetzung des durch § 43 SGB I im Verwaltungsverfahren angestrebten Zwecks, den Streit zwischen den Leistungsträgern nicht "auf dem Rücken der Leistungsberechtigten auszutragen" dar.²⁾ Die einstweilige Anordnung gemäß §§ 180 (6), 181 S. 2 SGG setzt den Antrag des Anspruchsberechtigten voraus.³⁾ Der Vorsitzende des zuerst angegangenen Gerichts ist ebenso wie derjenige des tatsächlich zuständigen befugt, entsprechende Anordnungen zu erlassen. Allerdings ist letzterer berechtigt, die eigenen wie auch die Anordnungen des ersteren jederzeit aufzuheben oder abzuändern.⁴⁾ Plagemann ist der Auffassung, daß der Vorsitzende im Rahmen seiner Ermessensentscheidung, ob eine Anordnung zu erlassen ist neben der zu § 97 (2) SGG existierenden Rechtsprechung und Literatur "auch die ratio legis des § 43 SGB I heranzuziehen habe".⁵⁾ Macht der Vorsitzende von seiner Befugnis nach §§ 180 (6), 181 S. 2 SGG, die auch die Anordnung von Sicherheiten einschließt⁶⁾, Gebrauch, so ist die angeord-

1) Plagemann, Rechtsschutz, Anm. 218

2) Plagemann, a.a.O., Anm. 215 u. 218

3) Zeihe, SGG, § 180 Anm. 26

4) Meyer-Ladewig, SGG, § 180 Anm. 10; Zeihe, SGG, Anm. 21; Rohwer-Kahlmann, SGG, § 180 Anm. 13

5) Plagemann, Rechtsschutz, Anm. 220

6) Plagemann, a.a.O., ebenda, sieht Sicherheitsleistungen im Rahmen der §§ 180 (6), 181 S. 2 SGG jedoch als nicht sinnvoll an.

nete Leistung genau zu beziffern, da sie anderenfalls nicht vollstreckungsfähig ist. Die Anordnung kann gemäß §§ 180 (6), 181 S. 2 i.V.m. 97 (2) SGG nur zusammen mit der Entscheidung in der Hauptsache angefochten werden; die Beschwerde gegen die ablehnende Entscheidung eines Vorsitzenden Richters am LSG ist wegen § 177 SGG nicht statthaft.

Stellt sich schließlich heraus, daß keiner der Versorgungsträger leistungspflichtig ist, so besteht ein öffentlich-rechtlicher Erstattungsanspruch gegen den Leistungsempfänger.

IV. Vorläufiger Rechtsschutz durch das materielle Sozialrecht

1. Überblick

Vorschriften, die die Befugnis geben, vor einer abschließenden Prüfung der Sach- oder Rechtslage vorläufige Regelungen zu treffen, Maßnahmen zu ergreifen oder Leistungen zu gewähren, sind nicht nur in den Verfahrensgesetzen sondern auch im materiellen Recht enthalten.

Materiell-rechtliche Zwischenregelungen finden sich beispielsweise im Besitzrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches und in verschiedenen anderen Gesetzen. ¹⁾ Auch das Sozialrecht kennt Vorschriften, die insbesondere die Gewährung vorläufiger Leistungen vorsehen. Neben den im 2. Teil, Abschnitt IV 2 u. 3, behandelten §§ 42, 43 SGB - AT -, die dem Abschnitt "Gemeinsame Vorschriften für alle Sozialleistungsbe-reiche" angehören, gelten für bestimmte Gebiete des Sozialrechts Sondernormen, die ebenfalls einen Anspruch auf vorläufige Leistungen einräumen und den Bestimmungen des SGB - AT vorgehen. ²⁾ So ist nach § 51 (2) BafÖG für vier Monate Ausbildungsförderung bis zu 520,- DM monatlich zu zahlen, wenn die zur Entscheidung über den Antrag erforderlichen Feststellungen nicht innerhalb von sechs Kalenderwochen getroffen oder Zahlungen nicht binnen zehn Kalenderwochen geleistet werden können. Das Arbeitsamt hat unter gewissen Voraussetzungen einen angemessenen Vorschuß auf das Konkursausfallgeld nach § 141 f AFG zu entrichten. Darüber hinaus hat die Bundesanstalt für Arbeit gemäß § 38 AFG Leistungen im Rahmen der be-

1) s. Leipold, Grundlagen, S. 58 ff.

2) statt aller Schmeling, HZS, Gruppe 1, S. 81

zuflichen Bildung nach §§ 40 - 49 AFG zunächst zu gewähren, wenn und soweit die eigentlich zuständige Behörde die ihr obliegende Leistungspflicht nicht erfüllt. § 6 (2) Reha-AnglG legt dem zuständigen Träger der Rentenversicherung bzw. der BfA die Verpflichtung zur Gewährung vorläufiger Leistungen auf, wenn die sofortige Einleitung der erforderlichen Rehabilitationsmaßnahmen gefährdet ist (u.a. bei einem Kompetenzkonflikt) ¹⁾.

Schließlich kann in der Kriegsopferversorgung ein vorläufiger Leistungsbescheid erlassen werden, wenn die Voraussetzungen nur mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit gegeben sind und über den Anspruch daher noch nicht endgültig entschieden werden kann ²⁾. Für eine Reihe von Sozialleistungsbereichen existierten vor Inkrafttreten der §§ 42, 43 SGB -AT- Verwaltungsvorschriften, die die (haushaltsmäßige) Grundlage für (die bis dahin gesetzlich nicht vorgesehene) Zahlung von Vorschüssen bildeten ³⁾.

2. Vorschüsse gemäß § 42 SGB - AT - ⁴⁾

Die Vorschrift hat vor allen Dingen Bedeutung in der Unfall- und Rentenversicherung, der sozialen Ent-

1) s. Dembrowski/Schroeder-Printzen, SGB - AT -, § 43 Anm. 4; Rohwer-Kahlmann/Ströer, SGB - AT -, § 43 Anm. 7

2) s. § 1587 (1) RVO und 26 (2) 2. WoGG, die ebenfalls zu Vorschußleistungen ermächtigen, sind gestrichen; dagegen gelten die § 1735 RVO, § 22 KOVVerfG, § 44 BHSG fort

3) Dembrowski/Schroeder-Printzen, SGB - AT -, § 42 Anm. 6

4) Im Rahmen der Abschnitte IV 2 und 3 wird fast ausschließlich auf die Literatur zurückgegriffen, da Rechtsprechung insoweit noch nicht vorhanden ist

schädigung und beim Wohngeld, also in Bereichen, in denen die Leistungshöhe von Versicherungs- oder Beschäftigungszeiten, vom Einkommen oder dem Vermögen abhängt. Sie durchbricht den Grundsatz, daß Ansprüche auf Vorschußleistungen in der Regel nicht bestehen. ¹⁾

Die teilweise erheblichen Verzögerungen bei der oft komplizierten Festsetzung und Gewährung dieser Leistungen haben nach der Auffassung des Gesetzgebers eine Überbrückungshilfe für die Zwischenzeit notwendig gemacht, "um zu vermeiden, daß der Leistungsberechtigte bei längerer Bearbeitungszeit Nachteile erleidet.". ²⁾ Schellhorn meint, § 42 SGB - AT - verhindere darüber hinaus auch die sozialpolitisch und verwaltungsökonomisch nicht erwünschte häufige Inanspruchnahme anderer Leistungsträger, insbesondere der Sozialhilfe stellen. ³⁾ Hauck weist in diesem Zusammenhang darauf hin, daß insbesondere die Leistungen nach dem BSHG auch als Überbrückungshilfe vielfach nicht in Anspruch genommen würden, da sie den vorrangigen Einsatz eigenen Vermögens und die Heranziehung von Unterhaltspflichtigen voraussetzen. ⁴⁾

Vorschüsse i.S.v. § 42 SGB - AT - sind also Vorauszahlungen auf zukünftig geschuldete Beträge, die der eigentlich Verpflichtete vor der ihm obliegenden Leistung und in Anrechnung auf diese er-

1) Peters, SGB - AT -, § 42 Anm. 2

2) so die amtll. Begründung des Gesetzesentwurfs der Bundesregierung zu § 42 SGB - AT -, BT-Drucks. 7/868, S. 29

3) Burdenski/v. Maydell/Schellhorn, SGB - AT -, § 42, Rdn. 1 f., 5; ähnlich Rohwer-Kahlmann/Ströer, SGB I, § 42 Rdn. 1

4) Hauck/Haines, SGB I, § 42 Rdn. 1

bringt. Fest steht, daß die Zahlung eines Vorschusses nur dann ihren Zweck erfüllt, wenn sie laufend erfolgt; die Nachzahlung eines Vorschusses wäre funktionswidrig. Mit der Zahlung wird der Leistungsträger automatisch von einem Teil seiner Sozialleistungspflicht i.S.d. § 11 SGB - AT -, ohne ein Darlehen zu geben ¹⁾, frei. Die Vorschußgewährung erfolgt in der Form eines begünstigenden Verwaltungsakts, der, wie sich aus § 42 (2) SGB - AT - ergibt, hinsichtlich der Höhe mit einem Widerrufsvorbehalt zu versehen ist. Vorschüsse gemäß § 42 SGB - AT - können nur bei Ansprüchen auf Geldleistungen gezahlt werden. ²⁾ Ob es um eine Geld-, Dienst- oder Sachleistung geht, richtet sich dabei nicht nach der Form, in der der Leistungsträger seine Leistungen erbringt, sondern beurteilt sich nach der Leistungsart, die dem Empfänger zufließt. ³⁾ Eine dem § 42 SGB - AT - entsprechende Vorschrift für Sach- und Dienstleistungen existiert nicht, "da nach Ausgestaltung dieser Leistungen und den Erfahrungen der Praxis ein Bedürfnis hierfür nicht erkennbar war". ⁴⁾

Ehe ein Vorschuß erbracht werden kann, muß feststehen, daß der Anspruch dem Grunde nach gegeben ist, während die Anspruchshöhe erst noch ermittelt werden muß. Abzulehnen ist daher die Auffassung, die

1) Peters, SGB - AT -, § 42 Anm. 3;
Rohwer-Kahlmann/Ströer, SGB I, § 42 Rdn. 6

2) statt aller Burdenski/v. Maydell/Schellhorn,
SGB - AT -, § 42 Rdn. 9 f.

3) einhellige Meinung s. Hauck/Haines, SGB I,
§ 42 Rdn. 3; so fallen zum Beispiel Geldleistungen an einen Krankenhausträger zur Sicherstellung der Krankenhauspflege nicht unter § 42
SGB - AT -

4) Hauck /Haines, SGB I, § 42 Rdn. 3

bereits eine gewisse Wahrscheinlichkeit für die grundsätzliche Verpflichtung zur Zahlung eines Geldbetrages ausreichen lassen will ¹⁾.

Die Leistungshöhe darf sich andererseits auch nicht ohne weiteres aus den einschlägigen Vorschriften ableiten lassen. Vielmehr muß zu ihrer Feststellung noch eine längere Bearbeitungszeit erforderlich sein. Hierbei handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff auf der Tatbestandsseite von § 42 SGB - AT -, der voll der richterlichen Nachprüfung unterliegt ²⁾. Im Rahmen des der Verwaltung eingeräumten Beurteilungsspielraums sind selbst verhältnismäßig kurze Bearbeitungszeiten durch Vorschüsse zu überbrücken, wenn der Berechtigte die Leistung dringend zum Lebensunterhalt benötigt ³⁾.

Schellhorn meint, darüber hinaus gebe die Frist nach § 42 (1) S. 2, 2. HS SGB - AT - einen gewissen Anhaltspunkt für die Auslegung von Satz 1 ⁴⁾. Der Wortlaut der Vorschrift spricht allerdings dagegen, daß auch die Zeitspanne, in der geprüft wird, ob die Voraussetzungen des Anspruchs dem Grunde nach vorliegen, in die Beurteilung miteinzubeziehen ist.

Auf der Rechtsfolgende räumt die Vorschrift dem Leistungsträger in mehrfacher Hinsicht Ermessen ein. Soll ein Vorschuß auf Pflichtleistungen erbracht werden, obliegt es seiner Entscheidung, ob ein Vorschuß überhaupt, in welcher Höhe und bei laufenden Geldleistungen, in welchem Zeitraum gezahlt wird.

1) dazu s. Hauck/Haines, SGB I, § 42 Rdn. 4 unter Hinweis auf BSGE 13, S. 178, das bei § 130 SGG eine Wahrscheinlichkeit, daß der Anspruch wenigstens in einer Mindesthöhe besteht, ausreichen läßt; ferner Schellhorn, BlStSoz ArbR 1974, S. 322; Schmeling, HZS, Gruppe 1, S. 80

2) statt aller Hauck/Haines, SGB I, § 42 Rdn. 5

3) so auch die Reg.Begr., BT-Drucks. 7/868, S. 29; ferner Dembrowski/Schroeder-Printzen, SGB - AT -, § 42 Rdn. 4

4) Burdenski/v. Maydell/Schellhorn, SGB - AT -, § 42 Rdn. 13 f.

Nach Maßgabe von Absatz 1 S. 2 ist Ermessen auch hinsichtlich der Höhe der Raten und einer eventuellen Auszahlung vor Ablauf der Monatsfrist auszuüben. ¹⁾ Geldleistungen, die selbst im Ermessen des Leistungsträgers stehen und auf die die Zahlung eines Vorschusses gefordert wird, fallen nur dann in den Anwendungsbereich der Vorschrift, wenn der Leistungsträger zum Anspruchsgrund bereits eine Vorabentscheidung getroffen hat. ²⁾

Bei der Ermessensausübung wird auch hier maßgebend zu berücksichtigen sein, ob der Anspruchsberechtigte auf die Vorschüsse zum Bestreiten seines Lebensunterhalts angewiesen ist. Darüber hinaus soll neben den besonderen persönlichen Verhältnissen und den Umständen des Einzelfalls, die voraussichtliche Höhe der zu erwartenden endgültigen Leistung in das Ermessen mit einzubeziehen sein. ³⁾

Hinsichtlich der Höhe der vorläufigen Leistung ist nach umstrittener Auffassung von den laufenden Leistungen zum Lebensunterhalt nach dem BSHG als "Anhaltswert" auszugehen. ⁴⁾

Strittig ist auch, ob § 42 SGB - AT - lediglich als Verfahrensvorschrift oder aber als anspruchsbegründende, materiell-rechtliche Norm anzusehen ist.

Nach einer Auffassung soll allein aufgrund von § 42 SGB - AT -, vorbehaltlich der Festsetzung der endgültig zu gewährenden Leistung, über die Vorschuß-

1) Peters, SGB - AT -, § 42 Rdn. 5; Burdenski/v. Meydell/Schellhorn, SGB - AT -, § 41 Rdn. 15

2) Hauck/Haines, SGB I, § 42 Rdn. 13

3) derselbe, a.a.O., § 42 Rdn. 6 f.

4) Burdenski/v. Maydell/Schellhorn, SGB - AT -, § 42 Rdn. 17; a.A. Hauck/Haines, SGB I, § 42 Rdn. 7

zahlung durch Verwaltungsakt zu entscheiden sein. ¹⁾
Die andere Meinung, die insbesondere von Schellhorn vertreten wird, sieht die Vorschrift als Verfahrensnorm an, die keinen eigenständigen Leistungsanspruch gibt. Der Anspruch selbst bestimme sich nach dem jeweiligen besonderen Teil des SGB. ²⁾

Die Verwaltung ist an ihre Entscheidung über das Bestehen des Anspruchsgrundes gebunden. ³⁾ Aber sie kann die aufgrund der unter Vorbehalt ergangenen Entscheidung über die Höhe erbrachte (vorläufige) Leistung auf den (später) festzustellenden endgültigen Betrag anrechnen. Übersteigt die vorläufige Leistung die tatsächlich geschuldete, so sind die Vorschüsse gemäß § 42 (3) SGB - AT - zu erstatten. Für die Erstattungspflicht ist nicht entscheidend, aus welchem Grund die Überzahlung erfolgte. Der Erstattungsanspruch besteht beispielsweise auch dann in vollem Umfang, wenn der Leistungsträger die Überzahlung zu vertreten hat. ⁴⁾

Der Rückzahlungsanspruch, der gegebenenfalls zu stunden, niederzuschlagen oder zu erlassen ist, wird durch Verwaltungsakt geltend gemacht. Dabei sind die anerkannten Grundsätze des Verwaltungsrechts über den Öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch zur Lückenausfüllung heranzuziehen, nicht aber - weder direkt noch analog - die bürgerlich-

1) Hauck/Haines, SGB I, § 42 Rdn. 8

2) Burdinski/v. Maydell/Schellhorn, SGB - AT -, § 42 Rdn. 18; Dembrowski/Schroeder-Printzen, SGB - AT -, § 42 Rdn. 3

3) Hauck/Haines, SGB I, § 42 Rdn. 8; a.A. Peters, SGB - AT -, § 42 Rdn. 6

4) Rohwer-Kahlmann/Ströer, SGB I, § 42 Rdn. 6; Dembrowski/Schroeder-Printzen, SGB - AT -, § 42 Anm. 10

rechtlichen Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung. ¹⁾

§ 42 (3) SGB - AT ist nicht ohne Vorbild, da sich vergleichbare Regelungen in § 59 BHO und den entsprechenden Vorschriften der Landeshaushaltsordnungen finden lassen. Allerdings räumen diese Normen bei der Veränderung des Rückzahlungsanspruches (Stundung, Niederschlagung, Erlaß) ein Ermessen ein ²⁾, während unter den Voraussetzungen von § 42 (3) SGB - AT - automatisch die dort vorgesehenen Rechtsfolgen (Stundung, Niederschlagung, Erlaß) auszusprechen sind.

Die größte Bedeutung im Rahmen von § 42 (3) SGB - AT -, der eine erschöpfende Auswahl ³⁾ der Fälle enthält, in denen der Erstattungsanspruch verändert wird, ist dem Erlaß des Rückerstattungsanspruches beizumessen. Im Gegensatz zur Niederschlagung, die ohne Verzicht auf den Anspruch selbst, die befristete oder unbefristete Zurückstellung der Geltendmachung des Anspruchs zur Folge hat, wird durch den Erlaß ein endgültiger unwiderruflicher Verzicht ausgesprochen.

Ob eine besondere Härte vorliegt, die einen Erlaß rechtfertigt, richtet sich unter Berücksichtigung des Gesichtspunkts des Vertrauensschutzes in erster Linie nach den persönlichen wirtschaftlichen Verhältnissen des Leistungsempfängers. Da jedoch eine besondere und nicht nur eine wirtschaftliche Härte

1) Hauck/Haines, SGB I, § 42 Rdn. 9;
a.A. Peters, SGB - AT -, § 42 Rdn. 6

2) Hierzu s. näheres bei Johannes, RiA 1980, S. 71;
vgl. auch Schmeling, HzS, Gruppe 1, S. 84

3) Burdenski/v. Maydell/Schellhorn, SGB - AT -,
§ 42 Rdn. 29

Voraussetzung für den Erlaß ist, müssen mehr als bloße wirtschaftliche Auswirkungen zu befürchten sein ¹⁾.

Aus dem Schluß "argumentum a maiore ad minus" ergibt sich, daß der Erlaß des Erstattungsanspruchs auch auf einen Teilbetrag beschränkt werden kann ²⁾.

3. Vorläufige Leistungen des zuerst angegangenen
Verwaltungsträgers nach § 43 SGB - AT -

§ 43 SGB - AT - ist eine auf die Besonderheiten des Sozialrechts zugeschnittene Vorschrift, die gewisse Nachteile, welche sich aus dem institutionell stark gegliederten Sozialleistungssystem für den Betroffenen ergeben können, abwenden will. Die Gefahr, daß Kompetenzkonflikte, die vor allen Dingen aus der Vielzahl der Verwaltungsbehörden und den Überschneidungen der Leistungsbereiche ³⁾ resultieren, auf dem Rücken des Berechtigten ausgetragen werden, soll durch die Gewährung von vorläufigen Leistungen vermieden werden ⁴⁾. Im Gegensatz zu § 42 SGB - AT - erstreckt sich die Gewährung vorläufiger (Sozial-) Leistungen ⁵⁾ nach § 43 SGB - AT - nicht nur auf

1) Hauck/Haines, SGB I, § 42 Anm. 12

2) derselbe, a.a.O., ebenda

3) vgl. §§ 18 - 29 SGB - AT -; s.a. die Beispiele bei Dembrowski/Schroeder-Printzen, SGB - AT -, § 43 Anm. 2

4) vgl. Begr. zum Reg.Entw. in BT-Drucks. 7/868; ferner statt aller Rohwer-Kahlmann/Ströer, SGB - AT -, § 43 Rdn. 1

5) vgl. § 11 SGB - AT -

Geld-, sondern auch auf Dienst- und Sachleistungen. ¹⁾ Anders als bei § 42 SGB - AT - können vorläufige Leistungen gemäß § 43 SGB - AT - auch nur dann erbracht werden, wenn zwar Streit über die Zuständigkeit der Leistungsträger herrscht, jedoch unstrittig ist, daß auch der Höhe nach ein Anspruch auf Sozialleistungen gemäß den besonderen Teilen des Sozialgesetzbuches besteht. ²⁾ Lediglich Schellhorn vertritt die Auffassung, daß im Rahmen des Tatbestandsmerkmals "Anspruch auf Sozialleistung" nur zu prüfen sei, ob der vorhandene Bedarf des Anspruchstellers nach den für den zunächst angesprochenen Leistungsträger geltenden Vorschriften abgedeckt werden könne. ³⁾ Der Autor fügt erläuternd hinzu, daß unzweifelhaft ein Anspruch gegen einen möglichen Leistungsträger bestehen müsse, damit die Voraussetzungen des § 43 SGB - AT - vorliegen. Daher sind die Bedenken von Hauck ⁴⁾, die extensive Auslegung Schellhorns führe zu kaum überschaubaren finanziellen Auswirkungen, da die vorläufige Leistungspflicht nicht durch eine endgültige abgedeckt werde, unbegründet.

Aus § 43 SGB - AT - folgt, daß der Leistungsträger gegebenenfalls auch sozialrechtliche Vorschriften außerhalb seines Zuständigkeitsbereiches zu prüfen und anwenden hat. Somit kann der Entscheidung nach § 43 (1) SGB - AT - keine wie auch immer geartete

1) statt aller Hauck/Haines, SGB I, § 43 Anm. 3

2) Hauck/Haines, SGB I, § 43 Anm. 3; Rohwer-Kahlmann/Ströer, SGB - AT -, § 43 Anm. 2; Peters, SGB - AT -, § 43 Anm. 3 f.; Burdinski/v. Maydell/Schellhorn, SGB - AT -, § 43 Anm. 37

3) Burdinski/v. Maydell/Schellhorn, SGB - AT -, § 43 Anm. 11

4) Hauck/Haines, SGB I, § 43 Anm. 3; Rohwer-Kahlmann/Ströer, SGB - AT -, § 43 Anm. 2 Fn. 1

Bindungswirkung hinsichtlich der endgültigen Prüfung des Leistungsbegehrens beizumessen sein. ¹⁾ Ebenso wie § 42 (1) SGB - AT - ist § 43 (1) SGB - AT - eine auf Pflichtleistungen zugeschnittene Vorschrift, die aber auch auf Ermessensleistungen entsprechende Anwendung findet; es sei denn aus dem Zweck oder den Besonderheiten der Ermessensleistung ergibt sich, daß sie nicht oder nur modifiziert anwendbar ist. ²⁾ Unter Berücksichtigung des Normzwecks von § 43 SGB - AT - ist ein Zuständigkeitsstreit bereits dann anzunehmen, wenn der zuerst angegangene Leistungsträger erkennt, daß der nach seiner Auffassung zuständige Leistungsträger (zunächst) nicht bereit ist, die Leistung zu erbringen. ³⁾

Die zuerst mit dem Leistungsbegehren befaßte Stelle kann nur dann nach § 43 SGB - AT - verfahren, wenn sie überhaupt in der Lage ist, Leistungen der begehrten Art zu gewähren. Sollte dies nicht der Fall sein, so liegt ein Zuständigkeitsstreit i.S.d. Vorschrift nicht vor, und der Antragsteller ist an den kompetenten Leistungsträger zu verweisen. ⁴⁾

Ob und in welcher Höhe vorläufige Leistungen durch begünstigenden Verwaltungsakt ⁵⁾ erbracht werden, steht gemäß § 43 (1) S. 1 SGB - AT - im pflichtgemäßen

1) Hauck/Haines, SGB I, § 43 Anm. 8

2) derselbe, a.a.O., § 43 Anm. 10;
a.A. Schmeling, HzS, Gruppe 1, S. 85

3) Hauck/Haines, SGB I, § 43 Anm. 4; Burdenski/
v. Maydell/Schellhorn, SGB - AT -, § 43 Anm.
13, 34 ff.

4) Hauck/Haines, a.a.O., mit Beispiel; Rohwer-
Kahlmann/Ströer, SGB - AT - § 43 Anm. 4

5) Der Verwaltungsakt ergeht unter dem Vorbehalt
der Entscheidung über die endgültige Leistung,
vgl. Hauck/Haines, SGB I, § 43 Anm. 8

Ermessen des zuerst angegangenen Leistungsträgers. Ein Antrag des Anspruchsberechtigten ist hier - ebenso wie bei § 42 (1)S.1 SGB - AT - nicht erforderlich, um in dringenden Fällen rasch helfen zu können.¹⁾ Wird jedoch ein Antrag gemäß § 43 (1)S.2 SGB - AT - gestellt und liegen die übrigen Voraussetzungen der Vorschrift vor, so sind die Leistungen spätestens nach Ablauf eines Kalendermonats zu erbringen (Pflichtleistung). Lediglich die Leistungshöhe und die Entscheidung, ob die Leistung schon vor Ablauf der Monatsfrist erfolgen soll, stehen dann noch im Ermessen der Behörde. Bei der Entscheidung hat die für die Vorleistung zuständige Stelle, die besonderen Verhältnisse des Berechtigten gemäß § 33 SGB - AT - zu berücksichtigen.²⁾

Gemäß § 43 (2) SGB - AT - gilt für die Leistungen nach Absatz 1 § 42 (2) und (3) SGB - AT - entsprechend. Da die vorläufige Leistung inhaltlich mit der endgültig zu gewährenden Leistung übereinstimmt und dieser lediglich vorgreift, ist sie gemäß § 42 (2) SGB - AT - auf die zustehende Leistung anzurechnen.³⁾ Ferner ergibt sich eine Pflicht zur Erstattung, wenn und soweit die vorläufigen Leistungen die zu beanspruchenden übersteigen. Die Erstattungsschuld ist unter den Voraussetzungen von § 42 (2) SGB - AT - zu stunden, niederzuschlagen oder zu erlassen. Ein Rückforderungsanspruch steht jedoch nur dem endgültig zur Leistung verpflichteten Trä-

1) Hauck/Haines, SGB I, § 43 Anm. 6

2) Dembrowski/Schroeder-Printzen, SGB - AT -, § 43 Anm. 3; Rohwer-Kahlmann/Ströer, SGB - AT - § 43 Anm. 4; Burdenski/v. Maydell/Schellhorn, SGB - AT -, § 43 Anm. 14 ff.

3) § 51 SGB - AT - wird insoweit verdrängt; vgl. Burdenski/v. Maydell/Schellhorn, SGB - AT -, § 43 Anm. 24

ger zu und nicht dem, der die vorläufigen Leistungen erbracht hat. ¹⁾ Sollte die endgültige Leistung des zuständigen Trägers niedriger sein als die vorläufige, so ist im Innenverhältnis dem vorleistenden Träger auch der überschießende Betrag zu erstatten, wenn die Leistung dem für ihn geltenden Recht entsprach. ²⁾ Die Anrechnung, die Erstattung und der Ausgleich vorläufiger Leistungen wird in erster Linie bei Geldleistungen in Betracht kommen. Wie zu verfahren ist, wenn Sach- oder Dienstleistungen rückabzuwickeln sind, wird vom Gesetzgeber nicht besonders geregelt.

Hauck will bei Dienstleistungen auf den Ersatz der Verwaltungskosten abstellen und bei Sachleistungen Aufwendungsersatz zurückgewähren. ³⁾ Demgegenüber können nach Auffassung von Peters Verwaltungskosten nicht in Ansatz gebracht werden. Bei Sach- und Dienstleistungen soll im Innenverhältnis zwischen den Leistungsträgern eine Ummünzung in Geld dergestalt stattfinden, daß der Geldwert der Naturalleistung für die Höhe des Ausgleichs maßgebend ist. ⁴⁾ Im Verhältnis des letztlich zuständigen Leistungsträgers zu dem Empfänger soll diese Betrachtungsweise jedoch nicht gelten. Hier geht Peters davon aus, daß § 42 (2) und (3) SGB - AT - keine Anwendung bei Dienst- und Sachleistungen findet. Diese Leistungen seien in der Regel verbraucht, und eine Bereicherung sei nicht eingetreten.

-
- 1) Peters, SGB - AT -, § 43 Anm. 5; Rohwer-Kahlmann/Ströer, SGB - AT -, § 43 Anm. 6; Burdinski/v. Maydell/Schellhorn, SGB - AT -, § 43 Anm. 27; Hauck/Haines, SGB I, § 43 Anm. 9
 - 2) Rohwer-Kahlmann/Ströer, SGB - AT -, § 43 Anm. 6; näheres siehe bei Burdinski/v. Maydell/Schellhorn, SGB - AT -, § 43 Anm. 29 ff.; Hauck/Haines, SGB I, § 43 Anm. 8; Peters, SGB - AT -, § 43 Anm. 3
 - 3) Hauck/Haines, SGB I, § 43 Anm. 9; Schmeling, HZS, Gruppe 1, S. 86 f.
 - 4) Peters, SGB - AT -, § 43 Anm. 3

Der endverpflichtete Leistungsträger bleibe daher auf den Leistungen "hängen". ¹⁾

1) Peters, SGB - AT -, § 43 Anm. 5

3. Teil

Literatur und Rechtsprechung zur Statthaftigkeit der einstweiligen Anordnung im Sozialgerichtsver- fahren

I. Die Stimmen der Literatur gegen die allgemeine Zulässigkeit von einstweiligen Anordnungen

Die mit dem Problem befaßte Literatur der fünfziger und sechziger Jahre, Hauelsen ¹⁾ und Knoll ²⁾ ausgenommen, lehnte, wenn auch mit unterschiedlichen Begründungen, die Statthaftigkeit der einstweiligen Anordnung über die im Sozialgerichtsgesetz besonders geregelten Fälle hinaus, einhellig ab. Mit besonderem Nachdruck wurde betont, für diese Art des Rechtsschutzes sei im Sozialgerichtsverfahren kein Platz, da § 198 (2) SGG die einstweilige Verfügung und damit auch die einstweilige Anordnung ausdrücklich ausschließe. ³⁾

Zunächst wurde das Problem in der entsprechenden Anwendung der §§ 935 ff. ZPO gesehen. Später, mit Inkrafttreten der Verwaltungsgerichtsordnung vom 21. Januar 1960 ⁴⁾, wurde verstärkt und dann ausschließlich § 123 VwGO in die Betrachtung einbezogen.

Kommentatoren wie Mellwitz ⁵⁾ und Miesbach/Ankenbrank ⁶⁾ beschäftigten sich nicht tiefergehend mit

1) Hauelsen, NJW 1959, S. 18; derselbe, NJW 1963, S. 321; derselbe, NJW 1966, S. 81; derselbe, MDR 1963, S. 881; derselbe, DOK 1966, S. 167; derselbe, ebenda, S. 459; derselbe, DOK 1961, S. 484

2) Knoll, Arbeiterversorgung 1961, S. 97

3) so auch Schunck/De Clerck, VwGO, § 123 Anm. 1

4) BGBI. I, S. 17

5) Mellwitz, SGG, § 198 Anm. 4

6) Miesbach/Ankenbrank, SGG, § 198 Anm. 1

der Frage nach der prinzipiellen Statthaftigkeit der einstweiligen Anordnung. Für sie liegt klar auf der Hand, daß der vorläufige Rechtsschutz in Form der §§ 935 ff. ZPO durch § 198 (2) SGG ausgeschlossen ist.

Zur Gruppe der Autoren, die den Erlaß einstweiliger Anordnungen über die im Sozialgerichtsgesetz hinaus geregelten Fälle von vorneherein ablehnen, gehören auch Schieren/Beuster, die davon ausgehen, daß das Sozialgerichtsgesetz einstweilige Anordnungen oder Verfügungen anderer Art nicht vorsehe.¹⁾ Auch Peters/Sautter/Wolff²⁾ sehen diese Form des Rechtsschutzes nur nach Maßgabe der §§ 97 (2), 130 S. 2, 180 (6), 181 S. 2 und 199 (2) SGG als zulässig an. Der Gesetzgeber habe, so lautet die Argumentation, mit § 198 (2) SGG keine Lücke im Sozialgerichtsgesetz geschaffen oder gar schaffen wollen. Dies ergebe sich aus der Entstehungsgeschichte der Vorschrift.³⁾ Danach ersetzen die einstweiligen Anordnungen gemäß § 97 (2) SGG und § 199 (2) SGG die einstweilige Verfügung des Zivilprozesses. Im übrigen, so betonen die Autoren, allerdings ohne eine nähere Begründung zu geben, sei die einstweilige Anordnung im Sozialgerichtsverfahren aufgrund anderer Voraussetzungen sowie ihrem Gegenstand und Umfang nach, weder mit dem vorläufigen Rechtsschutz der Zivilprozeß- noch der allgemeinen Verwaltungsgerichtsordnung zu vergleichen.

1) Schieren/Beuster, SGG, § 97 Anm. 6 und § 198 Anm. 1

2) Peters/Sautter/Wolff, SGG, § 198 Anm. 3 b

3) vgl. BT-Drucks. I, Nr. 4357, S. 34

Schwankhardt zu Folge schließt § 198 (2) SGG den vorläufigen Rechtsschutz in Form der einstweiligen Verfügung bzw. Anordnung aus, weil die vorläufige Leistung im Fall ungerechtfertigter Gewährung regelmäßig nicht mehr mit Erfolg zurückverlangt werden könne; sei es, weil man sie für den Unterhalt verbraucht habe, sei es, daß pfändungsfreies Vermögen fehle. ¹⁾

Spielmeyer ²⁾ hält zwar die grundsätzliche Statthaftigkeit der einstweiligen Anordnung im Sozialgerichtsverfahren für wünschenswert. Er sieht sich jedoch aus methodischen und verfahrenstechnischen Gründen gehindert, einem derartigen Rechtsschutzverlangen stattzugeben. Spielmeier meint, die Bedenken aus § 198 (2) SGG könnten im Wege einer entsprechenden Anwendung des § 123 VwGO oder durch unmittelbaren Rückgriff auf Art. 19 (4) GG bzw. Art. 20 GG möglicherweise überwunden werden, "wenn die einstweilige Verfügung wirklich ein so wichtiges Instrument des Rechtsschutzes auch in der Sozialgerichtsbarkeit wäre." Letzteres wird zwar verneint. Spielmeier formuliert jedoch zurückhaltend, "tatsächlich scheint sich...das Fehlen einer einstweiligen Verfügung in der Praxis der Sozialgerichtsbarkeit in einigen Fällen störend auszuwirken." Gegenüber belastenden Verwaltungsakten biete schon die aufschiebende Wirkung gemäß §§ 86 (2), 97 (1) SGG oder die Möglichkeit der Vollstreckungsaussetzung nach §§ 86 (3), 97 (2) SGG einen - im wesentlichen ausreichenden - vorläufigen Rechtsschutz. Im übrigen müßte die einstweilige Anordnung gegen die Ablehnung begünstigender Verwaltungsakte wegen der Vorwegnahme der Hauptsache

1) Schwankhardt, Rechtsschutz, S. 295 f.

2) Spielmeier, SGB 1963, S. 189

cheentscheidung aufgrund bloßer summarischer Prüfung ebenso wie im Zivilprozeß "eine seltene Ausnahme bleiben." 1)

Stößner begründet in dem 1959 veröffentlichten Aufsatz "Einstweilige Verfügungen im sozialgerichtlichen Verfahren" 2) sehr sorgfältig seine ablehnende Haltung gegenüber der prinzipiellen Statthaftigkeit dieser Art von vorläufigem Rechtsschutz. Nach knapper einführender Darstellung der bisher existierenden Meinungen kommt Stößner unter Anwendung der Auslegungskriterien Wortlaut, Entstehungsgeschichte und Systematik zu dem Schluß, der Gesetzgeber habe sich durch § 198 (2) SGG eindeutig und erkennbar gegen die allgemeine Anwendung der einstweiligen Anordnung im Sozialgerichtsgesetz ausgesprochen. Zwar umfaßten die im Sozialgerichtsgesetz geregelten Tatbestände der einstweiligen Anordnung nur einen kleinen Teil möglicher einstweiliger Maßnahmen.

Jedoch führe besonders dies zu der Annahme, der Gesetzgeber habe den Sozialgerichten über den so beschriebenen Rahmen hinaus, weitere Möglichkeiten nicht zur Verfügung stellen wollen. Diese nach dem Willen des Gesetzgebers erschöpfende Regelung der Materie "einstweilige Maßnahmen", lasse es nicht zu, von einer Lücke im Gesetz zu sprechen, die im Wege der Analogie geschlossen werden könne. Das Argument, die in der Fassung des § 198 (2) SGG zum Ausdruck gekommene ablehnende Haltung des Gesetzgebers beziehe sich nur auf die einstweilige Verfügung der ZPO, nicht aber auf die einstweilige Anordnung des

1) Spielmeier, SGB 1963, S. 189

2) Stößner, SGB 1959, S. 378 ff.

verwaltungsgerichtlichen Verfahrens, sei nicht stichhaltig. Stößner bemerkt, da letztere der einstweiligen Verfügung des Zivilprozeßrechts weitgehend entliehen worden sei,¹⁾ sei es nicht möglich, dieses Rechtsschutzmittel im Sozialgerichtsverfahren entsprechend anzuwenden, ohne gleichzeitig auf die einstweilige Verfügung des Zivilprozesses als Grundnorm zurückzugreifen. Im übrigen könnten rechtspolitische Erwägungen, die eine von der gesetzlichen Regelung abweichende Handhabung als wünschenswert erscheinen ließen, nicht ausreichen, um eine Lücke im Gesetz zu schließen. Als Normenkomplex, der derart sinnwidrig sei oder gegen allgemein anerkannte Grundsätze des sozialen und rechtsstaatlichen Denkens verstoße, daß man eine Abweichung vom erkennbaren Willen des Gesetzgebers zu erwägen habe, könnten die (lückenhaften) Vorschriften des SGG über den vorläufigen Rechtsschutz nicht angesehen werden.

Auch ein Verstoß gegen das in Art. 19 (4) GG niedergelegte Prinzip des lückenlosen Rechtsschutzes komme nicht in Betracht. Letzteres erschöpfe sich darin, dem Betroffenen die Möglichkeit zu eröffnen, gegen jede Verletzung seiner Rechtsposition durch die öffentliche Gewalt ein Gericht anzurufen. Die Art und Weise der Ausgestaltung des Rechtsschutzes in dem so beschriebenen Rahmen unterliege, so betont Stößner unter Hinweis auf Rechtsprechung und Literatur zu Art. 19 (4) GG, der Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers.

1) so auch Wieseler, Vorläufiger Rechtsschutz, S. 165 ff.

II. Befürworter der Statthaftigkeit einstweiliger Anordnungen über die im Sozialgerichtsgesetz geregelten Fälle hinaus

Haueisen sprach sich bereits in einem 1959 erschienenen Aufsatz für die generelle Zulässigkeit der einstweiligen Anordnung im sozialgerichtlichen Verfahren aus ¹⁾. In weiteren Veröffentlichungen Anfang bis Mitte der sechziger Jahre wiederholte der Autor seine Angriffe gegen die überwiegend ablehnende Haltung von Rechtsprechung und Literatur ²⁾.

Schon im Rahmen von Überlegungen zur Vereinheitlichung der gerichtlichen Verfahrensordnungen ³⁾ kommt Haueisen zu dem Ergebnis, das Sozialgerichtsgesetz weise eine Lücke auf, da vorläufige Maßnahmen im Sozialgerichtsgesetz nur punktuell geregelt seien, obwohl hierfür ein generelles Bedürfnis bestehe ⁴⁾. Diese Regelungslücke der besonderen Verwaltungsprozeßordnung sei durch die entsprechende Anwendung von § 123 VwGO, einer Vorschrift der allgemeinen Verwaltungsprozeßordnung, zu schließen. Hierzu verweist Haueisen auf die Begründung zu § 122 des Entwurfes für eine bundeseinheitliche Verwaltungsgerichtsordnung ⁵⁾. Unter Berücksichtigung des materiellen Sozial(versicherungs-)Rechts prüft der Autor, ob im Zuständigkeitsbereich der Sozialgerichte der Rechtsschutz im Vergleich zum allgemeinen Verwaltungsprozeßrecht dann noch gewährleistet ist, wenn die generelle Befugnis,

1) Haueisen, NJW 1959, S. 18 ff.

2) derselbe, NJW 1963, S. 321; derselbe, MDR 1963, S. 881; derselbe, NJW 1966, S. 85

3) vgl. auch Haueisen, DVBl 1958, S. 769; ferner Ule, ebenda, S. 691

4) derselbe, NJW 1959, S. 19

5) siehe BT-Drucks. Nr. 462, 2. Wahlperiode, S. 44, sowie Nr. 55, 3. Wahlperiode, S. 44

einstweilige Verfügungen zu erlassen, fehlt. Dies wird aufgrund von eingehenden Untersuchungen, die ergeben, daß die Rechtsgebiete Sozial(versicherungs)- und allgemeines Verwaltungsrecht so ausgestaltet sind, daß eine Übereinstimmung des (das) materiellen Recht verwirklichende Verfahrensrecht geboten ist, verneint. ¹⁾

Daraus folgerte Haueisen, daß auch der Sozialgerichtsbarkeit das wichtige und jeder anderen verfassungsmäßigen Prozeßordnung bekannte Instrument der einstweiligen Anordnung zur Verfügung stehen müsse. ²⁾ Die Versicherten und Versorgungsberechtigten dürften nicht auf die subsidiäre Zuständigkeit der Fürsorgeträger verwiesen werden, wenn plötzliche und unvorhergesehene Ereignisse dem Betroffenen die wirtschaftliche Sicherung nähmen. Beispielsweise könne es dem Versicherten, der einer Krankenhauspflege bedürfe, grundsätzlich nicht zugemutet werden, zunächst auf eigene Kosten in ein Krankenhaus zu gehen und erst nachträglich gegen die Krankenkasse, auf Befreiung von seiner Schuld gegenüber dem Krankenhaus zu klagen.

Schmutzler hebt in diesem Zusammenhang hervor, daß es sich insbesondere im Bereich der Rentenversicherung für Arbeiter und Angestellte nicht um Leistungen der staatlichen Daseinsvorsorge handele, sondern um Beträge, die auf der Nichtauszahlung eines Teils des Arbeitslohns beruhten. ³⁾

1) Haueisen, DOK 1961, S. 484; derselbe, MDR 1963, S. 882 ff.

2) derselbe, MDR 1963, S. 883; s.a. Knoll, Arbeiterversorgung 1962, S. 106; ferner Ule, DVBl 1959, S. 537

3) Schmutzler, BlStSozArbR 1976, S. 72

Angesichts der oftmals langen Dauer von Sozialgerichtsprozessen ¹⁾ und der Notwendigkeit, zwischenzeitlich elementare Lebensbedürfnisse zu befriedigen, würde, so Schmutzler, der Ausschluß der einstweiligen Anordnung im Sozialgerichtsverfahren in hohem Maße auch die Sozialstaatsklausel des Art. 20 (1) GG berühren.

Bedenken aus § 198 (2) SGG sind nach Haueisen nicht gerechtfertigt. Diese Vorschrift schließe nämlich nur aus, die Vorschriften der Zivilprozeßordnung über die einstweilige Verfügung sinngemäß heranzuziehen, nicht aber die der Verwaltungsgerichtsordnung über die einstweilige Anordnung ²⁾. Die analoge Anwendung von § 123 VwGO erfülle vielmehr das Verfassungsgebot der Rechtsstaatlichkeit, und insbesondere den ungeschriebenen Grundsatz des allgemeinen Verwaltungsprozeßrechts, dementsprechend die einstweilige Anordnung zu den Instrumenten des Rechtsschutzes jeder Verwaltungsgerichtsbarkeit gehöre ³⁾. Wenn man diese Auffassung jedoch nicht teile und § 198 (2) SGG als abschließende, die einstweilige Anordnung ausschließende Regelung ansehe, so müsse man ernsthaft die Verfassungsmäßigkeit der Vorschrift in Frage stellen, da Art. 19 (4) GG einen effektiven und lückenlosen Rechtsschutz garantiere.

Auch Meyer-Ladewig ⁴⁾, Plagemann ⁵⁾ und Freitag ⁶⁾ kommen zu dem Ergebnis, Art. 19 (4) GG gebiete die

1) hierzu s. Rohwer-Kahlmann, Rechtstatsachen, S. 201 ff.; auf die Wechselbeziehung Prozeßdauer - einstweiliger Rechtsschutz weisen auch Grunsky, JuS 1976, S. 277 und Baur, BB 1964, S. 607 hin.

2) Haueisen, NJW 1963, S. 322

3) Haueisen, MDR 1963, S. 883 f.

4) Meyer-Ladewig, SGB 1977, S. 333; derselbe, Kommentar, § 97 Anm. 22

5) Plagemann, Rechtsschutz, S. 121 f.; derselbe, BStSozArbR 1979, S. 10

6) Freitag, SGB 1979, S. 7

nicht auf Fallgruppen beschränkte analoge Anwendung der einstweiligen Anordnung nach § 123 VwGO im Sozialgerichtsverfahren. Um dem Verfassungsgebot aus Art. 19 (4) GG zu entsprechen, aber auch aus Gründen der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit, bejahen ferner Schmidt-Bleibtreu/Fiedler ¹⁾ die entsprechende Anwendung von § 123 VwGO. Rohmeyer verneint zwar eine generelle Ermächtigung der Sozialgerichte zum Erlaß einstweiliger Anordnungen, empfiehlt ihn aber aus rechtspolitischen Gründen de lege ferenda. ²⁾

Ermächtigungsgrundlage für die Verurteilung zu vorläufigen Leistungen während des schwebenden Verfahrens über die im Sozialgerichtsgesetz genannten Fälle hinaus ist dagegen nach der allein von Felk vertretenen Meinung die extensive Auslegung der §§ 103, 106 Abs. 2, 112 Abs. 2 SGG. ³⁾

Rohwer-Kahlmann will §§ 97, 199 SGG weit auslegen und erforderlichenfalls entsprechend anwenden, weil § 123 VwGO wegen des Verweises auf die Zivilprozeßordnung in § 198 (2) SGG nicht herangezogen werden könne, da die Vorschrift den §§ 935 ff. ZPO entlehnt sei. ⁴⁾

Knoll meint, das Fehlen eines generellen vorläufigen Rechtsschutzes sei verfassungswidrig. Die Lücke im Sozialgerichtsverfahren sei vom Grundgedanken der Verfassung her auszufüllen. ⁵⁾

1) Schmidt-Bleibtreu/Fiedler, Staat, S. 238

2) Rohmeyer, Rechtsnatur, S. 61 f.

3) Felk, SCb 1971, S. 127

4) Rohwer-Kahlmann, Kommentar, § 97 Anm. 91

5) Knoll, Arbeiterversorgung 1961, S. 97 ff.

III. Auffassungen im Schrifttum, die einer Lösung
im Wege richterlicher Rechtsfortbildung kri-
tisch gegenüberstehen.

Vereinzelte werden in der Literatur Stimmen laut, die zwar ein Bedürfnis für einstweilige Anordnungen im Bereich des Sozialgerichtsverfahrens über die schon geregelten Fälle hinaus bejahen, jedoch einer Herleitung der einstweiligen Anordnung im Wege richterlicher Rechtsfortbildung skeptisch gegenüberstehen. ¹⁾

Es wird die Auffassung vertreten, es sei Sache des Gesetzgebers und nicht der (Verfassungs- ²⁾)rechtsprechung, die allgemeine Statthaftigkeit der einstweiligen Anordnung ins Sozialgerichtsverfahren einzuführen. Man beruft sich hierbei u.a. auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts selbst, nach der weder die verfassungskonforme Auslegung noch die Analogiebildung das gesetzgeberische Ziel in einem wesentlichen Punkt verfehlen oder verfälschen darf. ³⁾

Schnapp meint ⁴⁾ mit Blick auf die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 19.10.1977 ⁵⁾, § 198

1) Schuwerack, JA 1978, S. 180; Mutius, VerwArch 1979, S. 359 ff.; Glücklich, Anmerkung zu LSG Baden-Württemberg, SGB 1962, S. 430; derselbe, Anmerkung zu LSG Berlin, SGB 1963, S. 152, der sich hier mit dem methodisch verwandten Problem beschäftigt, ob über § 97 SGG hinaus nach § 202 SGG i.V.m. §§ 719, 707 ZPO einstweilige Anordnungen im Rahmen der Vollstreckung möglich sind; Schnapp, SGB 1978, S. 343 f.

2) im Hinblick auf den Beschluß des Bundesverfassungsgerichts vom 19.10.1977 in BVerfGE 46, S. 166

3) BVerfG, NJW 1958, S. 1227

4) Schnapp, SGB 1978, S. 343 f.

5) BVerfGE 46, S. 166 ff.

(2) SGG werde durch eine entsprechende Anwendung von § 123 VwGO "seines materiellen Gehalts beraubt und zu einer Vorschrift fast ohne jede Regelungswirkung degradiert". ¹⁾ Es sei zu befürchten, daß die staatliche Funktionenteilung tangiert werde, wenn man die Schließung einer vom Gesetzgeber bewußt offengelassenen Rechtsschutzlücke durch Art. 19 (4) GG fordere und die Lückenausfüllung durch die Rechtsprechung vornehmen lasse. Der Vollzug dieses Verfassungsauftrages falle gemäß Art. 20 (3), 74 Nr. 1, 97 GG allein in die Kompetenz der Legislative. ²⁾ Das Bundesverfassungsgericht habe daher, so meint Schnapp weiter ³⁾, näher begründen müssen, welche (anderen) verfassungsrechtlichen Bestimmungen den Gerichten die Befugnis zu (derartigen) Rechtsfortbildungen zuweisen.

Auch Mutius hält eine entsprechende Anwendung von Vorschriften wie § 123 VwGO für bedenklich, da dies einer Rechtsfortbildung contra legem nahekomme, die die Frage nach der staatlichen Funktionentrennung zwischen Legislative und Exekutive aufwerfe. Mutius ist ferner der Auffassung, allein durch die Auslegung von § 198 (2) SGG sei eine befriedigende Antwort auf die Frage nach der allgemeinen Statthaftigkeit der einstweiligen Anordnung im Sozialgerichts-

1) Ähnlich Mutius, VerwArch 1979, S. 366

2) Schuwerack, JA 1978, S. 180 u. 340 meint, die Gewaltenteilung sei tangiert; Glücklich, SGB 1962, S. 430 vertritt i.E. dieselbe Auffassung, soweit es um § 97 SGG geht. Er sieht die Vorschrift als nicht erweiterungsfähig und daher an Art. 19 (4) GG gemessen als nicht verfassungskonform an. Jedoch könne die Rechtsprechung dieses Problem nicht lösen; hierzu sei allein der Gesetzgeber berufen. a.A. LSG Bremen, Breithaupt 1977, S. 945, das eine auf Verbesserung des gerichtlichen Rechtsschutzes gerichtete Lückenausfüllung bei § 97 SGG unter Hinweis auf § 43 SGG, 137 GVG, § 47 (2) BVerfGG nicht als Überschreitung richterlicher Kompetenz ansieht.

3) Schnapp, SGB 1978, S. 343 f.

verfahren nicht zu erzielen ¹⁾. Jedenfalls könne die bislang h.M. den Ausschluß der einstweiligen Anordnung in diesem Gerichtszweig nicht mit dem Wortlaut von § 198 (2) SGG begründen. Zwar schließe die Vorschrift die Anwendung der Bestimmungen der ZPO über den Arrest und die einstweilige Verfügung aus. Jedoch sei dem Text nicht zwingend zu entnehmen, daß eine entsprechende Anwendung von Vorschriften aus anderen Verfahrensordnungen, wie beispielsweise § 123 VwGO, ausgeschlossen werden müsse ²⁾.

Von Bedeutung sei aber, daß das Sozialgerichtsgesetz und die Verwaltungsgerichtsordnung in Wechselwirkung zueinander entstanden sind. Wenn nämlich "... ein dem Gesetzgeber bekanntes Rechtsinstitut ³⁾, die einstweilige Anordnung, bei der parallel verlaufenden Kodifizierung zweier Prozeßordnungen für den Bereich der gesamten Verwaltungsgerichtsbarkeit in eines der neu geschaffenen Gesetze (VwGO) Aufnahme findet, in das andere Gesetz (SGG) jedoch grundsätzlich nicht; sondern nur in einigen ausdrücklich genannten und über das Gesetz verstreuten Fällen, so dränge sich die Vermutung auf, der Gesetzgeber habe diese Unterschiedlichkeit der Regelungen auch bewußt vorgenommen." ⁴⁾

1) Mutius, VerwArch 1979, S. 363

2) derselbe, a.a.O., S. 366

3) Vor Inkrafttreten der Verwaltungsgerichtsordnung war die einstweilige Anordnung nur in § 30 BVerwGG und § 64 VGG Rh.-Pf. normiert; zu der seinerzeitigen Rechtslage gibt de Clerck, NJW 1956, S. 1337 einen Überblick

4) Mutius, a.a.O., S. 370

Hieraus folge weiter, daß der Ausschluß der einstweiligen Anordnung nicht aus § 198 (2) SGG abgeleitet werden könne, sondern nur aus dem Gesamtzusammenhang der verstreut im Sozialgerichtsgesetz geregelten Fälle, nach denen vorläufiger Rechtsschutz im Gegensatz zur Verwaltungsgerichtsordnung nur ausnahmsweise zulässig sei.

Eine analoge Anwendung dieser Vorschriften des Sozialgerichtsgesetzes sei daher sowohl nach dem subjektiven als auch nach dem objektivierten Willen des Gesetzgebers kaum möglich.

Unter Zurückstellung von Bedenken hält Mutius die vom Bundesverfassungsgericht in seinem Beschluß vom 19.10.1977 ¹⁾ vorgenommene Rechtsfortbildung jedoch letztendlich für verfassungsrechtlich geboten. Die möglichen Auswirkungen für die Betroffenen lassen den Autor vor der Konsequenz, die gesamte Konzeption des vorläufigen Rechtsschutzes des Sozialgerichtsgesetzes, soweit die einstweilige Anordnung betroffen ist, für verfassungswidrig zu erklären, zurückschrecken. ²⁾

Eine entsprechende Anwendung von § 123 VwGO muß nach Auffassung von Mutius jedoch an § 202 SGG scheitern, der mit seiner ausdrücklichen Verweisung auf ZPO und GVG, die Anwendung von Vorschriften anderer Prozeßordnungen ausschließe. ³⁾ Da der Autor auch der unmittelbaren Anwendung von Art. 19 (4) GG und der

1) BVerfGE 47, S. 166 ff.

2) Mutius, s.s.O., S. 372

3) derselbe, a.a.O., S. 374; so auch Schuwerack, JA 1978, S. 179 f.; ferner LSG Bremen, Breithaupt 1977, S. 944, das sich außerstande sieht, die festgestellte Lückenhaftigkeit des § 97 SGG unter Heranziehung von § 123 VwGO zu schließen; zu § 202 SGG s.a. BSGE 10, S. 236: Entscheidung über die Zuständigkeit des Gerichts durch Zwischenurteil gemäß § 202 SGG i.V.m. §§ 274, 275 ZPO; ferner Peters/Sautter/Wolff, SGG, § 202 Anm. 4

Existenz eines allgemeinen Grundsatzes des vorläufigen gerichtlichen Rechtsschutzes skeptisch gegenübersteht, hält er eine Initiative des Gesetzgebers für geboten.

IV. Die Entwicklung der Rechtsprechung zur Zulässigkeit nicht im Sozialgerichtsgesetz geregelter einstweiliger Anordnungen.

Ähnlich wie in der Literatur verlief die Entwicklung der Rechtsprechung. Während die ältere Spruchpraxis der Sozialgerichte die Zulässigkeit der einstweiligen Anordnung fast ausnahmslos verneinte, änderte sich dies Mitte der siebziger Jahre grundlegend, und man kam mehr und mehr zu dem gegenteiligen Ergebnis.

Soweit ersichtlich beschäftigte sich das Landessozialgericht Baden-Württemberg als erstes Gericht zweiter Instanz nach Inkrafttreten des Sozialgerichtsgesetzes vom 3.9.1953 mit dieser Frage. ¹⁾ Das Gericht lehnte es ab, die beantragte einstweilige Anordnung zu erlassen, da eine solche "auf Grund der ausdrücklichen und im Wortlaut klaren Vorschrift des § 198 (2) SGG nicht statthaft" sei. Vorläufige Anordnungen kenne das Sozialgerichtsgesetz nur nach Maßgabe der §§ 97 (2), 180 (6) SGG. Eine Lücke in

1) LSG Baden-Württemberg, NJW 1955, S. 647

den gesetzlichen Vorschriften, die durch eine analoge Anwendung der vorgenannten Paragraphen und eventuell der §§ 130 S. 2, 131 (1) S. 1, 175 S. 3, 199 (2) SGG geschlossen werden könne, liege nicht vor. Dem Gesetzgeber sei nämlich bei Erlaß des SGG der seinerzeit bestehende - inzwischen jedoch längst beigelegte - Streit über die Zulässigkeit von einstweiligen Anordnungen im verwaltungsgerichtlichen Verfahren bekannt gewesen. Soweit in diesem Streit die Zulässigkeit von einstweiligen Anordnungen bejaht wurde, wandte man mangels einschlägiger Sonderregelung - jedenfalls teilweise - die §§ 935 ff. ZPO ergänzend an.¹⁾ Der Gesetzgeber des SGG habe dagegen in § 198 (2) SGG die Anwendbarkeit der §§ 935 ff. ZPO ausdrücklich ausgeschlossen und den Sozialgerichten vorläufige Regelungen nur in ganz bestimmten im SGG aufgeführten Sonderfällen gestattet.²⁾

In einem weiteren Rechtsstreit vor dem LSG Baden-Württemberg³⁾ ging es um die Rechtmäßigkeit eines Genehmigungsbescheides für die Errichtung einer gemeinsamen Innungskrankenkasse. Bereits vor Einlegung der Revision gegen das vom Senat erlassene Urteil

1) s. Rohmeyer, Rechtsnatur, S. 55 m.w.N.; man nahm an, daß vorläufiger Rechtsschutz der Beteiligten in einem summarischen Verfahren jedem Prozeßrecht immanent sei und sah in §§ 935 ff. ZPO nur einen allgemeinen Anwendungsfall dieses Grundsatzes; s. Schunck/De Clerck, VwGO, § 123 Anm. 1 m.w.N.

2) so auch LSG Hamburg, Breithaupt 1956, S. 443; LSG Bayern, a.a.O. 1958, S. 399; LSG Hamburg, a.a.O. 1959, S. 1053; a.A. nur LSG Baden-Württemberg, SGB 1962, S. 426 unter Hinweis auf Art. 19 (4) GG

3) LSG Baden-Württemberg, Breithaupt 1961, S. 96

beantragte die Klägerin, die in zweiter Instanz unterlegen war, im Wege der einstweiligen Verfügung gemäß § 940 ZPO i.V.m. § 202 SGG der beigeladenen Innungskrankenkasse, jegliche Ausübung von Funktionen als gesetzlicher Krankenversicherungsträger zu untersagen bis in dem anhängigen Streitverfahren rechtskräftig entschieden worden sei. Der Senat hat den Antrag als unzulässig zurückgewiesen, weil im Verfahren vor den Sozialgerichten die Vorschriften der ZPO über die einstweilige Verfügung nicht anwendbar seien. § 198 (2) SGG schränke § 202 SGG insoweit ein. Unter Hinweis auf die amtliche Begründung zu § 198 (2) SGG ¹⁾ wird den Ausführungen Haueisens ²⁾ nur rechtspolitische Bedeutung zuerkannt und in Übereinstimmung mit der Entscheidung aus dem Jahre 1955 ³⁾ betont, die Frage sei im SGG abschließend geregelt, so daß eine Gesetzeslücke nicht bestehe.

Ähnlich entscheidet auch das LSG München in seinem Beschluß vom 16.2.1961 ⁴⁾, mit dem der Antrag auf Erlaß einer vorläufigen Regelung entsprechend den Vorschriften der ZPO bzw. der VwGO als unzulässig abgewiesen wird. Selbst wenn eine Gesetzeslücke bestünde, die vom Gericht verneint wird, könne diese nicht contra legem (§ 198 (2) SGG) und schon gar nicht durch § 123 VwGO ausgefüllt werden, da ein einheitliches Verfahrensrecht für Verwaltungsgerichte nicht existiere. Der Gesetzgeber habe die

1) BT-Drucks. I, Nr. 4357, S. 34

2) Haueisen, NJW 1959, S. 18

3) LSG Baden-Württemberg, a.a.O., ebenda

4) Bayr. LSG, NJW 1961, S. 2039

verwaltungsgerichtliche Regelung bewußt nicht übernommen, was sich daraus ergebe, daß die Entwürfe zur VwGO im wesentlichen schon vor dem Entwurf zum SGG vorlagen und beide Gesetze in Wechselwirkung zueinander entstanden seien.

Interessanterweise wird auch in einer Entscheidung eines Gerichts der allgemeinen Verwaltungsgerichtsbarkeit, wenn auch nur am Rand, die Frage nach der Zulässigkeit einstweiliger Anordnungen im Sozialgerichtsverfahren berührt.¹⁾ In dem Verfahren ging es um die Zuständigkeit der Sozial- oder Verwaltungsgerichte bei Streitigkeiten über die Mitgliedschaft und Beitragspflicht zum Versorgungswerk einer Ärztekammer. Das OVG sah die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte u.a. deswegen als gegeben an, weil der Rechtsschutz in Verwaltungsgerichtsordnung und im Sozialgerichtsgesetz unterschiedlich ausgestaltet sei. So führt das OVG aus, die Verwaltungsgerichte seien "auf Grund ihrer prozessualen Möglichkeiten weit mehr als die Sozialgerichte dazu berufen, den Klägern Rechtsschutz zu bieten." Nur vor den Verwaltungsgerichten könne der Kläger gegenüber dem Beitragsbescheid einen Antrag auf Aussetzung der Vollziehung stellen und damit auch insoweit Rechtsschutz nach Art. 19 (4) GG begehren; denn § 97 SGG reiche hierfür nicht aus. Entsprechendes gelte für das Institut der einstweiligen Anordnung. Anders als die zuvor ergangenen Entscheidungen der Sozialgerichte läßt das LSG Essen²⁾ die Frage der grundsätzlichen Statthaftigkeit einstweiliger Anordnungen offen. In dem Rechtsstreit, in dessen Ver-

1) OVG Münster, Verw.Rspr. 14, S. 880 (884)

2) LSG Essen, MDR 1964, S. 542

lauf die Kläger beantragt hatten, der Beklagten im Wege der einstweiligen Anordnung aufzugeben, die beigeladene AOK anzuweisen, den Verkauf von Feinbrillen an Versicherungsnehmer bis zur endgültigen Entscheidung in der Hauptsache einzustellen, deutete sich eine Änderung in der Beurteilung des Problems an. Das Gericht greift die Gedanken Hauzeisens auf und unterstellt zunächst die Zulässigkeit der einstweiligen Anordnung nach § 123 VwGO, ohne weiter auf eine Anwendung der einstweiligen Verfügung gemäß §§ 935, 940 ZPO einzugehen. Selbst wenn § 198

(2) SGG nicht entgegenstehe, könne dem Antrag allerdings aus rein tatsächlichen Gründen nicht stattgegeben werden, meint das Gericht, da die Voraussetzungen der einstweiligen Anordnung nicht gegeben seien. Eine einstweilige Anordnung sei grundsätzlich unzulässig, wenn damit im Ergebnis eine, wenn auch nur vorübergehende Befriedigung des geltend gemachten Anspruchs erzielt werde. Der vorläufige Rechtsschutz müsse seinem Wesen nach auf die Sicherung des geltend gemachten Anspruchs beschränkt bleiben. Eine ausnahmsweise Durchbrechung dieses Prinzips zur Abwendung schwerer Nachteile sei hier nicht geboten. Der Verkauf von Feinbrillen durch den Beklagten beeinträchtige zwar die wirtschaftlichen Interessen des Klägers, dieser Nachteil sei aber nicht schlechthin unzumutbar.

In einem Beschluß aus dem Jahre 1966 lehnt es das Bayr. LSG ab, im Wege der einstweiligen Anordnung analog § 123 VwGO die Verpflichtung der Antragsgegnerin auszusprechen, eine Waisenrente bis zur Vollendung des 27. Lebensjahres zu gewähren. ¹⁾

Mit dem bekannten Argument, § 198 (2) SGG schließe die Anwendung der Vorschriften der Zivilprozeßord-

1) Bayr. LSG, ZfS 1967, S. 141 f.

nung über die einstweilige Verfügung und damit auch den Sonderfall, die ihr nachgebildete Anordnung gemäß § 123 VwGO,¹⁾ aus, werden die Entscheidungsgründe eingeleitet. Der interessantere Teil der Gründe befaßt sich mit der Lückenausfüllung im Anwendungsbereich der Sozialgerichtsbarkeit. Selbst wenn das System des vorläufigen Rechtsschutzes des Sozialgerichtsgesetzes Lücken aufweise, könnten diese weder durch Art. 19 (4) GG noch über die Rechts- und Sozialstaatsklausel des Art. 20 GG geschlossen werden, meint das Gericht.

Art. 19 (4) GG treffe keine präzisen Aussagen über Intensität, Umfang und Ausgestaltung des Rechtsschutzes in den verschiedenen Gerichtsordnungen. Eine Heranziehung dieses Artikels sei zudem überflüssig, da zur verfassungsgemäßen Rechtskontrolle von Leistungsstreitigkeiten in der Sozialversicherung dem Adressaten eines ablehnenden Verwaltungsaktes das geschlossene System des SGG zur Verfügung stehe. Auch Art. 20 GG garantiere Rechts- und Sozialstaatlichkeit nur im Prinzip. Weder durch Art. 19 noch durch Art. 20 GG sei der Gesetzgeber gehalten, "das theoretisch denkbare höchstmögliche Ausmaß an Rechts- und Sozialstaatlichkeit zu verwirklichen." Im übrigen, so das Bayr. LSG, nehme bei Leistungsklagen die einstweilige Anordnung analog § 123 VwGO das Ergebnis des Hauptprozesses unzulässigerweise vorweg. Schließlich drohe bei Streitigkeiten in der Rentenversicherung und Kriegsopferversorgung die Gefahr des Verlusts oder der Vereitelung des Anspruchs weder vor noch während des Streitverfahrens.

Nach dieser Entscheidung verging mehr als ein Jahrzehnt, bevor sich ein oberes Sozialgericht erneut mit der Frage der generellen Zulässigkeit der einst-

1) so auch Wieseler, Vorläufiger Rechtsschutz, S. 165 ff.

weiligen Anordnung befaßte. ¹⁾ Die neue Entscheidung des Bayr. LSG setzte die bisherige Praxis der Landessozialgerichte fort und wies die Beschwerde gegen den Beschluß eines Sozialgerichts, mit dem der Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Anordnung als unzulässig angesehen wurde, als unbegründet ab. In den Gründen ging das Landessozialgericht auch auf die von der weitaus herrschenden Meinung abweichenden Entscheidungen des SG Hamburg vom 29.5.1974 ²⁾ und des SG Bremen vom 6.12.1973 ³⁾ ein. Das SG Hamburg hatte in seinem Beschluß den Erlaß einer einstweiligen Anordnung mit der analogen Anwendung der §§ 97 (2), 180 (6) SGG begründet. Demgegenüber sah das SG Bremen in Art. 19 (4) GG die Grundlage für den vorläufigen Rechtsschutz, soweit er im SGG nicht geregelt sei. Das Bayr. LSG, das über den Antrag zu entscheiden hatte, den Beschwerdegegnern bei Meidung eines Ordnungsgeldes zu verbieten, gewisse Behauptungen über die Beschwerdeführerin, eine kassenärztliche Vereinigung, aufzustellen und zu verbreiten, schloß sich der Betrachtungsweise der Sozialgerichte nicht an.

Dem sozialgerichtlichen Verfahren sei ein allgemeines Institut der einstweiligen Anordnung außerhalb der gesetzlichen Vorschriften fremd.

Zwar betreffe das Verbot des § 198 (2) SGG nur die Anwendung von Vorschriften der ZPO über die einstweilige Verfügung, nicht jedoch den Erlaß einer einstweiligen Anordnung entsprechend § 123 VwGO. Eine analoge Anwendung der Vorschrift komme ebenso wie eine Rechtsanalogie zu §§ 97 (2), 180 (6) SGG je-

1) Bayr. LSG, Breithaupt 1977, S. 947

2) Az: 6 Ar 105/74 (nicht veröffentlicht)

3) Az: 9 S Ar 91/73 (nicht veröffentlicht)

doch nicht in Betracht. Es handele sich bei den Vorschriften des Sozialgerichtsgesetzes über die einstweilige Anordnung um eng abgegrenzte Ausnahmetatbestände, die entsprechend allgemeinen Rechtsgrundsätzen nicht erweiternd ausgelegt werden könnten, da der Gesetzgeber eine weitergehende Regelung nicht beabsichtigt habe. Darüber hinaus habe der Gesetzgeber "in Kenntnis der Rechtsprechung der Sozialgerichte trotz mehrfacher zwischenzeitlicher Änderungen des SGG ¹⁾ bisher keinen Anlaß gesehen, das Gesetz insoweit zu novellieren", obwohl auch der Streit in der allgemeinen Verwaltungsgerichtsbarkeit über Erlaß und Voraussetzungen der einstweiligen Anordnung durch § 123 VwGO generell entschieden worden sei.

Ferner erwägt das Landessozialgericht, ob Art. 19 (4) GG gesetzliche Grundlage für den Erlaß von einstweiligen Anordnungen sein könne. Der Rechtsschutz, der im Zivilprozeß gegenüber dem waffengleichen Prozeßgegner einen vollkommen ausgebildeten, vorbeugenden Rechtsschutz umfasse, erfordere dagegen im öffentlichen Recht nicht ohne weiteres und in jedem Fall eine vergleichbare Ausgestaltung. Hierzu führt das Gericht weiter aus, daß die mögliche Ingangsetzung eines Dienstaufsichtsverfahrens im Zusammenwirken mit dem Klagerecht hinreichend Gewähr für einen ausreichenden Rechtsschutz des einzelnen gegenüber einer Verletzung durch die öffentliche Gewalt biete. ²⁾

1) Die Entscheidung nennt insbesondere das Gesetz zur Änderung des SGG vo. 30.7.1974 (BGBl. I, S. 1625)

2) dazu die deutliche Kritik von Schuwerack, JA 1978, S. 180; ferner v. Mutius, VerwArch 1979, S. 359

Anderer Auffassung als das Bayrische LSG, insbesondere zu Art. 19 (4) GG, war das LSG Stuttgart in einem wenige Monate später ergangenen Beschluß.¹⁾ In dem Hauptverfahren stritten die Parteien über die Gewährung einer vom Antragsteller, einem seit über 15 Jahren in der Bundesrepublik lebenden ägyptischen Staatsangehörigen, dessen Aufenthaltserlaubnis nicht verlängert wurde, begehrten Arbeitserlaubnis. Noch während des Berufungsverfahrens beantragte der Kläger im Wege der einstweiligen Anordnung, die Bundesanstalt für Arbeit zu verpflichten, ihm bis zur rechtskräftigen Entscheidung in der Hauptsache, eine Arbeitserlaubnis zu erteilen. Der Senat wich von der bislang herrschenden Meinung in Schrifttum und Rechtsprechung, der er in der Vergangenheit auch gefolgt war, ab und gab dem Antrag statt.

Das Gericht ist der Ansicht, daß der vorläufige Rechtsschutz gegen (belastende) Eingriffe im Sozialgerichtsgesetz besser ausgestaltet sei als der auf Leistungen. Daß gewisse Differenzierungen hier möglicherweise gerechtfertigt sein könnten, erwägt das Gericht, das den Fall des Klägers als beispielhaft für das Bedürfnis nach der allgemeinen Zulässigkeit von einstweiligen Regelungen im Sozialgerichtsgesetz ansieht, jedoch nicht. Aus Art. 19 (4) GG ergibt sich nach der Überzeugung des Senats, daß auch Ausländern ein umfassender vorläufiger (effektiver) Rechtsschutz zu gewähren ist, wenn dies zur Abwendung schwerer, unzumutbarer und andersweitig nicht zu beseitigender Nachteile erforderlich ist.

1) LSG Baden-Württemberg, NJW 1978, S. 727

Dabei soll § 198 (2) SGG bei verfassungskonformer Auslegung diesem Ergebnis nicht entgegenstehen. Der Senat stützt sich hierbei vor allem auf die schon von Haueisen in den fünfziger Jahren vertretene Auffassung, der Gesetzgeber, der seinerzeit davon ausgegangen sei, durch die §§ 97 (2), 199 (2) SGG dem Bedürfnis nach vorläufigem Rechtsschutz in ausreichendem Maße Rechnung getragen zu haben, habe versehentlich eine nur lückenhafte Regelung getroffen.¹⁾ Da Wortlaut und systematische Stellung des § 198 (2) SGG nicht entgegenstünden, sei diese Regelungslücke entsprechend dem Verfassungsgebot des Art. 19 (4) GG zu schließen. Zu diesem Zweck greift das Gericht, wie die wenige Wochen zuvor ergangene Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes²⁾, auch auf die entsprechende Anwendung von § 123 VwGO zurück; denn Interessenlage und System der Leistungsklagen seien in den Verwaltungsgerichtsverfahrensordnungen VwGO und SGG grundsätzlich vergleichbar.

Bei der Subsumtion unter die Merkmale "...zur Vermeidung wesentlicher, unzumutbarer Nachteile nötig..." im Rahmen des entsprechend angewandten § 123 (1) VwGO geht der Senat interessanterweise auch auf das Problem ein, ob die Zahlung von Sozialhilfe die Unzumutbarkeit der Versagung einer vorläufigen Arbeitserlaubnis ausschließt. Das Gericht verneint die von ihm aufgeworfene Frage. Der kein Arbeitslosengeld beziehende Antragsteller verdiene - auch im Hinblick auf Art. 1, 2 und 12 GG - Verständnis,

1) Haueisen, DVBl 1958, S. 769; derselbe, NJW 1959, S. 18

2) Beschluß v. 19.10.1977, BVerfGE 46, S. 166

wenn er sich dagegen wende, die unverschuldeten Folgen einer langen Verfahrensdauer allein zu tragen ¹⁾.

V. Der Beschluß des Bundesverfassungsgerichts
vom 19.10.1977 ²⁾

Aufgrund der Verfassungsbeschwerde einer jordanischen Staatsangehörigen ³⁾ gegen den Beschluß des LSG Hamburg, mit dem der Antrag auf Erlaß einer

-
- 1) s. hierzu auch die Rechtsprechung der Zivilgerichte, nach der einer (einstweiligen) Leistungsverfügung auf Unterhalt die Möglichkeit der Inanspruchnahme von Sozialhilfe nicht entgegensteht; so LG Hamburg MDR 1966, S. 147 f.; LG Bochum MDR 1967, S. 921 f.; a.A. LG Aurich MDR 1965, S. 142
- 2) BVerfG 46, S. 166 f.
- 3) Die Beschwerdeführerin lebte seit 1968 in der Bundesrepublik und hatte hier eine Ausbildung als Erzieherin abgeschlossen. Nach Ablauf ihrer fristgebundenen Arbeitserlaubnis im September 1975 wurde eine Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis abgelehnt und die Beschwerdeführerin zum Verlassen der Bundesrepublik aufgefordert. Während des Widerspruchsverfahrens gegen die Ausweisungsverfügung - über die im Zeitpunkt der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts noch nicht entschieden war - beantragte die Beschwerdeführerin bei der Bundesanstalt für Arbeit eine neue Arbeitserlaubnis, die ihr versagt wurde, worauf sie Klage vor dem Sozialgericht erhob. Dort hatte die Beschwerdeführerin schon einige Monate zuvor beantragt, die Bundesanstalt für Arbeit im Wege einer einstweiligen Anordnung zu verpflichten, ihr die beantragte Arbeitserlaubnis zu erteilen und war damit jedoch nicht durchgedrungen, denn der Antrag wurde vom Sozialgericht als unzulässig verworfen.

einstweiligen Anordnung zur Erlangung einer Arbeitserlaubnis als unzulässig zurückgewiesen wurde, befaßte sich das Bundesverfassungsgericht nunmehr mit der Statthaftigkeit des vorläufigen Rechtsschutzes im Sozialgerichtsverfahren.

Im Gegensatz zur uneingeschränkt ablehnenden Haltung der älteren Rechtsprechung der Sozialgerichte und der bislang herrschenden Auffassung im Schrifttum befand das Bundesverfassungsgericht, auch im Sozialgerichtsverfahren müsse die einstweilige Anordnung grundsätzlich zulässig sein. Im Mittelpunkt der verfassungsrechtlichen Überlegungen, die zur Aufhebung des Beschlusses des LSG Hamburg und zur Zurückverweisung führten, stand die Auslegung von Art. 19 Abs. 4 GG und § 198 Abs. 2 SGG.

In Fortführung seiner ständigen Rechtsprechung zu Anfechtungssachen ¹⁾, die von der Garantie eines möglichst effektiven Rechtsschutzes durch Art. 19 Abs. 4 GG ausgeht, entwickelte das Bundesverfassungsgericht zunächst die Anforderungen, die Art. 19 Abs. 4 GG an die einfach gesetzliche Ausgestaltung des vorläufigen Rechtsschutzes stellt. ²⁾ Sodann prüft es § 198 Abs. 2 SGG an diesem so gewonnenen verfassungsrechtlichen Maßstab. ³⁾

Zu Art. 19 Abs. 4 GG führt das Gericht in seinem ersten Leitsatz aus: "Art. 19 Abs. 4 GG verlangt bei Vornahmesachen jedenfalls dann vorläufigen ge-

1) BVerfGE 35, S. 274 ff. und 401 f.; 37, S. 153

2) BVerfGE a.a.O., S. 177 f.

3) BVerfGE a.a.O., S. 181 ff.

richtlichen Rechtsschutz, wenn ohne solchen Rechtsschutz schwere und unzumutbare, anders nicht abwendbare Nachteile entstünden, zu deren nachträglicher Beseitigung die Entscheidung in der Hauptsache nicht mehr in der Lage wäre." Die Gefahr der Schaffung vollendeter Tatsachen, die sich nachträglich nicht oder nur teilweise rückgängig machen lassen, bestehe nicht nur dann, so betont das Gericht, wenn die vollziehende Gewalt durch belastende Maßnahmen in die Rechtssphäre der Bürger eingreift (Anfechtungssachen), sondern auch, "wenn sie Leistungsbegehren nicht entspricht, indem sie sie entweder zurückweist oder einfach untätig bleibt." Daher erfordere Art. 19 Abs. 4 GG "in Fortführung der bei den Anfechtungssachen der allgemeinen Verwaltungsgerichtsbarkeit entwickelten Rechtsprechung auch bei Vornahmesachen jedenfalls dann vorläufigen Rechtsschutz, wenn ohne ihn schwere und unzumutbare, anders nicht abwendbare Nachteile entstünden, zu deren nachträglicher Beseitigung die Entscheidung in der Hauptsache nicht mehr in der Lage wäre." Dies gelte sowohl für die allgemeine Verwaltungs- wie für die Sozialgerichtsbarkeit, wenn auch hier wegen des subsidiär eingreifenden Sozialhilferechts und materiell-rechtlicher Zwischenregelungen ¹⁾ das Bedürfnis nach dem Erlaß einstweiliger Anordnungen oftmals nicht oder nicht in dem Maße bestehe. Recht beiläufig und ohne die nach den vorhergehenden Ausführungen erwartete Begründung argumentierte das Gericht weiter, es gebe auch in Sozialrechtssachen von den Spezialregelungen des Sozialgerichtsgesetzes nicht erfaßte Fälle, bei denen sich nur durch vorläufigen Rechtsschutz schwere und unzumutbare, anders nicht abwendbare Nachteile vermeiden ließen.

1) BVerfGE a.a.O., S. 179

Allerdings, so führte das Verfassungsgericht in selbst auferlegter Zurückhaltung weiter aus, bleibe es allein dem Gesetzgeber vorbehalten, wie er den vorläufigen Rechtsschutz bei Vornahmesachen im einzelnen ausgestalte, sei es durch eine Generalklausel, sei es in Form einer abschließenden kasuistischen Regelung.

Nachdem das Problem auf verfassungsrechtlicher Ebene aufgezeigt und abgesteckt worden war, prüfte das Gericht anhand der so gewonnenen Obersätze, ob der vorläufige Rechtsschutz des Sozialgerichtsgesetzes diesen Prinzipien genügt. Dies hätte von vorneherein verneint werden müssen, wenn § 198 Abs. 2 SGG tatsächlich, wie die bislang h.M. behauptete, die einstweilige Anordnung über die ausdrücklich im Sozialgerichtsgesetz geregelten Fälle hinaus ausschließen sollte. Das Bundesverfassungsgericht entgeht jedoch dieser Konsequenz, indem es im Wege verfassungskonformer Auslegung zu dem Ergebnis gelangt, daß Wortlaut, systematische Stellung sowie Entstehungsgeschichte der Vorschrift es zulassen, im Sozialgerichtsverfahren auch über die hierfür ausdrücklich vorgesehenen Fälle hinaus, einstweilige Anordnungen in entsprechender Anwendung von § 123 VwGO zu erlassen.¹⁾

Den Ausführungen des Gerichts zur verfassungskonformen Auslegung von § 198 Abs. 2 SGG kann durchaus zugestimmt werden, wenngleich die wörtliche Interpretation, nach der § 123 VwGO im Sozialgerichtsverfahren anwendbar sein soll, da gemäß § 198 Abs. 2 SGG "lediglich die Bestimmungen der ZPO über den Arrest und die einstweilige Verfügung nicht anzu-

1) BVerfGE a.a.O., S. 181

wenden" ¹⁾ seien, wegen der Verweisung in § 123 Abs. 3 und 4 VwGO auf §§ 916 ZPO Bedenken ausgesetzt ist. Schließlich handelt es sich dabei nicht, wie das Gericht behauptet, um eine bloße redaktionelle Maßnahme des Gesetzgebers. Vielmehr wurde § 123 VwGO auch aus und in enger Anlehnung an den vorläufigen Rechtsschutz der Zivilprozeßordnung entwickelt. ²⁾ Uneingeschränkt beizupflichten ist dagegen der Auffassung des Bundesverfassungsgerichts, "aus der systematischen Einordnung des § 198 Abs. 2 SGG in den mit "Vollstreckung" überschriebenen letzten Unterabschnitt des Zweiten Teils des SGG... lassen sich weder Argumente für noch gegen die entsprechende Anwendung des § 123 VwGO gewinnen" ³⁾, da sich das Sozialgerichtsgesetz insoweit an die unsystematische Einordnung der Zivilprozeßordnung anlehne.

Allerdings vermißt man im Rahmen der systematischen Auslegung eine Auseinandersetzung mit der Argumentation des Bayr. LSG, das meint, die eindeutig für bestimmte, eng abgegrenzte Fälle ausgesprochene ausdrückliche Zulassung von einstweiligen Anordnungen (§§ 97 Abs. 2 bis 4, 130 S. 2, 180 Abs. 6, 181 S. 2 SGG) spreche dagegen, daß der Gesetzgeber den Erlass einstweiliger Anordnungen im übrigen der Rechtsprechung habe überlassen wollen. ⁴⁾

1) LSG Stuttgart NJW 1978, S. 727

2) De Clerck NJW 1956, S. 1336; Quaritsch, VerwArch 1960, S. 231 u. 370; Obermayer, Gedächtnisschrift H. Peters, S. 882; unklar v. Mutius, VerwArch 1979, S. 367

3) BVerfGE, a.a.O., S. 181f.

4) so Bayr. LSG, Breithaupt 1977, S. 947 f.; ferner v. Mutius, a.a.O., S. 368 f.

Das Schwergewicht der Ausführungen des Gerichts liegt vielmehr darauf, ob die Entstehungsgeschichte von § 198 Abs. 2 SGG Raum für eine verfassungskonforme Auslegung, die insbesondere Art. 19 Abs. 4 GG Rechnung trägt, läßt. Hierzu wird die amtliche Begründung zu § 145 des Entwurfs der Sozialgerichtsordnung, dem Vorgänger des heutigen § 198 Abs. 2 SGG, herangezogen ¹⁾, auf die aber auch die bislang h.M. im wesentlichen ihre ablehnende Haltung gestützt hat. ²⁾

Das Bundesverfassungsgericht meint, insbesondere die Formulierung der amtlichen Begründung "die einstweilige Verfügung wird durch die einstweilige Anordnung des Vorsitzenden ersetzt" könne auch so verstanden werden "..., daß die an der Verabschiedung des SGG beteiligten Organe zwar der Meinung waren, die Einrichtung des Arrestes sei unnötig, daß sie den Erlaß einstweiliger Verfügungen bzw. einstweiliger Anordnungen im Gegensatz dazu aber für notwendig erachteten, jedoch davon ausgingen über die im Gesetz geregelten Fälle hinaus bestehe dafür kein Bedürfnis. Damit hätte der Gesetzgeber in der amtlichen Begründung seine grundsätzlich positive Einstellung zu dieser Art vorläufigen Rechtsschutzes bekundet und sich lediglich über die Vollständigkeit der von ihm getroffenen Regelung geirrt. Bei dieser Auslegung der amtlichen Begründung ist anzunehmen, daß der Gesetzgeber, wenn ihm die Lücken-

1) BT-Drucks. I, Nr. 4357, S. 34: "...ebenso wie in der allgemeinen Verwaltungsgerichtsbarkeit erscheint es angebracht, die Vollstreckung nach den Vorschriften der ZPO stattfinden zu lassen. Der Arrest kann in der Sozialgerichtsbarkeit nicht vorkommen; die einstweilige Verfügung wird durch die einstweilige Anordnung des Vorsitzenden ersetzt. Beide Einrichtungen sind mithin nicht zu übernehmen.

2) Peters/Sautter/Wolff, SGG, § 198 Anm. 3 b; LSG Baden-Württemberg, Breithaupt 1961, S. 96

haftigkeit seiner Regelung bewußt gewesen wäre, die erforderlichen Vorschriften erlassen hätte. Es widerspricht dann seinem historischen Willen nicht, diese irrtumsbedingte unbewußte Lücke zu schließen." ¹⁾

Die Ausführungen sind zwar in sich schlüssig; jedoch hätte sich die Entscheidung bei der Erforschung des gesetzgeberischen Willens vollständigshalber auch mit einem weiteren Gesichtspunkt befassen müssen, auf den schon das Bayr. LSG hingewiesen hat ²⁾, und der gegen eine irrtumsbedingte Lücke spricht. Da SGG und VwGO in Wechselwirkung zueinander entstanden sind, und die Entwürfe zur VwGO in den Grundzügen sogar schon vor denjenigen zum SGG vorlagen, spricht einiges dafür, daß der historische Gesetzgeber die Regelungen der allgemeinen Verwaltungsgerichtsbarkeit über den einstweiligen Rechtsschutz in Kenntnis nicht übernommen hat, und die Fälle einstweiliger Anordnung im SGG somit abschließend normiert sind. ³⁾

Da aber - so meint das Verfassungsgericht - die angewandten Auslegungsmethoden alle eine Interpretation von § 198 Abs. 2 SGG zuließen, die den Erlaß einstweiliger Anordnungen über die im Sozialgerichtsgesetz geregelten Fälle hinaus nicht ausschlossen, sei die andere Auslegungsmöglichkeit, die die bislang h.M. bevorzugte, als nicht verfassungskonform abzulehnen und der mit Art. 19 Abs. 4 GG im Einklang stehenden Interpretation der Vorrang zu geben. ⁴⁾

1) BVerfGE 46, S. 183

2) Bayr. LSG NJW 1961, S. 2039

3) v. Mutius, VerwArch 1979, S. 369 f.

4) zur verfassungskonformen Auslegung s. BVerfGE 35, S. 263 (280)

Man wird jedoch mit v. Mutius ¹⁾ und Schnapp ²⁾ bezweifeln müssen, ob es gerechtfertigt ist, die Auslegung von § 198 Abs. 2 SGG in den Mittelpunkt der Untersuchung zu stellen, da die Vorschrift im Hinblick auf die Zulässigkeit einstweiliger Anordnungen die eine als auch die andere Auslegung zuläßt, also ambivalent ist. Besser hätte der gesamte vorläufige Rechtsschutz des Sozialgerichtsgesetzes, der in zahlreichen Einzelvorschriften aufgesplittert ist, auf seine Auslegungsfähigkeit bzw. Lückenhaftigkeit untersucht und berücksichtigt werden müssen.

Am Ende seiner Entscheidung wirft das Gericht noch die Frage auf, ob außer einer entsprechenden Anwendung des "naheliegenden" § 123 VwGO noch andere methodische Möglichkeiten bestehen, die mit Art. 19 Abs. 4 GG unvereinbare Regelungslücke des Sozialgerichtsgesetzes zu schließen ³⁾. Den Hinweis zwischen den sich bietenden Alternativen zu wählen, sei grundsätzlich Aufgabe der Sozialgerichte, ergänzt das Bundesverfassungsgericht mit der Bemerkung, daß hierfür Art. 19 Abs. 4 GG sowie ein allgemeiner Grundsatz des Verfahrensrechts in Betracht zu ziehen seien. Naheliegend sei es auch, die funktionelle Zuständigkeit über den Erlass einstweiliger Anordnungen "in Anlehnung an die den vorläufigen Rechtsschutz betreffenden Sonderregelungen des Sozialgerichtsgesetzes insoweit dem Vorsitzenden zu überlassen, als über den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung ohne mündliche Verhandlung entschieden wird." ⁴⁾

1) v. Mutius, VerwArch 1979, S. 370

2) Schnapp SGB 1978, S. 344

3) hierzu kritisch v. Mutius, VerwArch 1979, S. 364

4) BVerfGE, a.a.O., S. 184

VI. Die jüngere Entscheidungspraxis der Sozialgerichte

Die Entscheidung des Landessozialgerichts Rheinland-Pfalz vom 3.7.1978 ¹⁾ setzt sich angesichts des zwischenzeitlich veröffentlichten Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts ²⁾ mit der Statthaftigkeit der einstweiligen Anordnung im Sozialgerichtsverfahren nicht mehr auseinander. Das Gericht ist der Auffassung, nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts müsse "... im Hinblick auf Art. 19 (4) GG ... in entsprechender Anwendung von § 123 VwGO entschieden werden." Daß das Verfassungsgericht jedoch die dogmatische und methodische Begründung der allgemeinen Statthaftigkeit einstweiliger Anordnungen im Sozialgerichtsprozeß der Rechtsfindung der Sozialgerichte überlassen hat ³⁾ und sich trotz des ausdrücklichen Hinweises auf § 123 VwGO insoweit gerade nicht festlegte, nimmt das LSG Rheinland-Pfalz im Gegensatz zum LSG Hamburg ⁴⁾ und dem Bayrischen

1) LSG Rheinland-Pfalz, Breithaupt 1979, S. 89

2) BVerfGE 46, S. 166 ff.

3) BVerfGE a.a.O., S. 184

4) LSG Hamburg, Breithaupt 1979, S. 666:
Das SG hatte die Beklagte, die Bundesanstalt für Arbeit, verpflichtet, dem Kläger eine vorläufige Arbeitserlaubnis zu erteilen. Hiergegen wandte sich die Beklagte mit ihrer Beschwerde. In dem Beschluß hat das LSG Hamburg ausgesprochen, daß gegen einstweilige Anordnungen des SG gemäß § 172 Abs. 1 SGG die Beschwerde an das LSG stattfindet und § 123 Abs. 4 VwGO in der Sozialgerichtsbarkeit nicht gilt; ferner LSG Darmstadt NJW 1981, S. 543 f., das die vorläufige Erteilung einer Arbeitserlaubnis für einen Asylbewerber wegen fehlender Erfolgsaussichten in der Hauptsache ablehnte.

LSG ¹⁾ nicht zur Kenntnis.

Von Interesse ist zunächst die Entscheidung des LSG Rheinland-Pfalz, in der es um die vorläufige Gewährung von Förderungsleistungen für berufsbildende Maßnahmen im Sinne des Arbeitsförderungs-gesetzes ging. Das Gericht ist der Auffassung, die Anordnung vorläufiger Zahlungen führe "praktisch zu einer mindestens teilweisen Befriedigung des in der Hauptsache noch streitigen Anspruchs." Der-artige (Leistungs-)anordnungen seien aber nur dann zulässig, wenn es, wie beispielsweise bei Ansprü-chen auf Sozialhilfe oder anderen Unterhaltslei-stungen "unmittelbar um lebensnotwendige Bedarfs-deckung geht." ²⁾ Daher könne eine einstweilige An-ordnung wegen Kursgebühren für die Teilnahme an Lehrgängen zu berufsbildenden Zwecken nicht ergehen. Im übrigen - soweit vorläufige Unterhaltsgeldzah-lungen beansprucht würden - sei der Kläger auf die Leistungen nach dem Bundessozialhilfegesetz zu ver-weisen.

-
- 1) Bayr. LSG, Breithaupt 1980, S. 439 f., das die Beschwerde der Antragsgegnerin, eines Arbeits-amtes, gegen den Beschluß eines SG, mit dem an-geordnet wurde, daß eine Umschulungsmaßnahme auf Kosten der Antragsgegnerin und Beschwerdeführe-rin einstweilen gefördert werde, als unzulässig verwarf. Das Bayr. LSG entschied, ohne in eine sachliche Prüfung einzutreten, anders als LSG Rh.-Pf. und LSG Hamburg, a.a.O., ebenda, daß ge-gen die einstweilige Anordnung des Sozialgerichts, die in entsprechender Anwendung des § 123 VwGO auf Grund der Rechtsprechung des Bundesverfassungs-gerichts ergangen sei, nicht die Beschwerde nach § 172 SGG, sondern der Antrag auf mündliche Ver-handlung statthaft sei, d.h. § 123 Abs. 4 VwGO Anwendung findet.
- 2) s. hierzu Redeker/v. Oertzen, VwGO, 4. Aufl., § 123 Anm. 14; zu den verschiedenen Typen vor-läufigen Rechtsschutzes vgl. auch Grunsky, in Stein/Jonas, ZPO, § 935 Anm. I u. § 940 Anm. I

Demgegenüber erachtete das LSG Hamburg ¹⁾ die Beschwerde der Bundesanstalt für Arbeit als teilweise begründet. Für die Zukunft lehnte das Gericht einen Anspruch auf Erteilung einer (vorläufigen) Arbeitserlaubnis ab, da die Ehefrau des Klägers und Beschwerdegegners wieder eine Arbeit gefunden hatte und insoweit kein Härtefall nach § 2 Abs. 6 AEVO i.d.F. der 4. Änderungsverordnung v. 28.8.1978 (BGBl. I, S. 1531) vorliege. Für die Vergangenheit hielt das Gericht dagegen die Beschwerde für nicht begründet, da es sich - unabhängig von der materiellen Rechtslage - außerstande sah, die dem Kläger eingeräumte Möglichkeit, vorläufig einer Arbeit nachzugehen, wegen der Nichtwiederholbarkeit der Zeit rückwirkend zu beseitigen. Das Hess. LSG hatte über die Beschwerde gegen die Versagung einer einstweiligen Anordnung, mit der die (vorläufige) Gewährung einer über die Straßenverkehrsordnung hinausgehenden Parkerlaubnis gemäß § 3 Abs. 4 SchwbG begehrt wurde, zu entscheiden. ²⁾ Das Gericht wies die Beschwerde als unbegründet ab, da die einstweilige Anordnung der stark gehbehinderten Beschwerdeführerin und Klägerin nach Maßgabe der im Beschluß des Bundesverfassungsgerichts vom 9.10.1977 ³⁾ entwickelten Grundsätze nicht zur Ab-

1) LSG Hamburg, a.a.O., S. 668

2) LSG Hessen, Breithaupt 1979, S. 1027 f. mit folgenden Leitsätzen:
1. Für den Erlaß einer einstweiligen Anordnung sind in der Sozialgerichtsbarkeit sowohl in erster als auch in zweiter Instanz die Kammer- bzw. Senatsvorsitzenden zuständig 2. Die Beschwerde wegen Versagung einer einstweiligen Anordnung durch den Kammervorsitzenden an das LSG ist auch dann zulässig, wenn in der Hauptsache ein Rechtsmittel nicht stattfindet

3) BVerfGE 46, S. 166 ff.

wendung schwerer und unzumutbarer oder wesentlicher Nachteile erforderlich sei. Für das Aufsuchen eines Arztes könne sie ein Taxi oder einen Krankenwagen benutzen, wenn die Fahrt im eigenen PKW wegen des Mangels an Parkplätzen nicht möglich sei. Gegebenenfalls müsse das Sozialamt mit entsprechenden finanziellen Leistungen helfen. Im übrigen dürfe im Wege der einstweiligen Anordnung das Ergebnis des Klageverfahrens in der Regel nicht vorweggenommen werden 1) 2) .

-
- 1) vgl. auch LSG Hamburg, Die Sozialversicherung 1979, S. 104, wo es um die Aussetzung der Vollziehung eines Nachforderungsbescheides über nicht abgeführte Sozialversicherungsbeiträge ging. Der Senat vertrat die Auffassung, daß die Grundsätze der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts auch auf den Fall anzuwenden sind, in dem die Aussetzung der Vollziehung eines Verwaltungsaktes begehrt wird, der noch im Vorverfahren anhängig ist, jedoch weder unter § 86 Abs. 2 noch Abs. 3 SGG fällt. Insofern hält das Gericht, insbesondere im Hinblick auf Art. 19 Abs. 4 GG, eine entsprechende Anwendung des § 80 VwGO auf § 86 SGG für zulässig.
 - 2) s. aber auch LSG Rheinland-Pfalz, SGB 1980, S. 41, das einer einstweiligen Anordnung gegen die Kassenärztliche Vereinigung stattgibt, die die üblichen Honorarvorauszahlungen an einen Kassenarzt einstellte, um auf diese Weise frühere Überzahlungen schneller auszugleichen. Der Vereinigung wurde aufgegeben, die zur Deckung der laufenden Praxisunkosten und des notwendigen Familienunterhalts erforderlichen Vorschüsse weiterzuzahlen.

4. Teil

Die lückenhafte und verfassungswidrige Regelung der einstweiligen Anordnung im Sozialprozeß und die sich daraus ergebenden Möglichkeiten für eine Rechtsfortbildung

In dem folgenden Abschnitt wird zunächst untersucht, ob und ggfs. inwieweit die nunmehr auch vom Bundesverfassungsgericht vertretene These von der Lückenhaftigkeit des Sozialgerichtsgesetzes im Hinblick auf einstweilige Anordnungen ¹⁾ tatsächlich zutrifft. Die Prüfung geht davon aus, daß Gesetzeslücke - jedenfalls soweit die Frage nach einer gesetzesimmanenten bzw. (zulässigen) gesetzesübersteigenden Rechtsfortbildung gestellt wird - planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes bedeutet ²⁾.

Die Untersuchung stellt allerdings - anders als die Entscheidung des Verfassungsgerichts - die im Sozialgerichtsgesetz bereits geregelten Formen des vorläufigen Rechtsschutzes, insbesondere die einstweilige Anordnung und deren Anwendungsbereich, in den Mittelpunkt der Betrachtung. § 198 (2) SGG, dessen Auslegung in der einschlägigen Rechtsprechung und Literatur breiten Raum einnimmt, wird demgegenüber für die Lösung des Problems nur am Rande von Bedeutung sein ³⁾.

Die Arbeit differenziert zwischen der Rechtslage vor und während eines anhängigen Sozialprozesses

1) BVerfGE 46, S. 166

2) Larenz, Methodenlehre, S. 355: "Von Lücken eines Gesetzes kann man daher nur dann sprechen, wenn dieses für einen bestimmten Bereich eine einigermaßen vollständige Regelung anstrebt."

3) vgl. auch Mutius, VerwArch 70, S. 370

und kommt dabei zu unterschiedlichen Ergebnissen. Soweit das Gesetz - die Zusammenfassung aller zur unmittelbaren Anwendung geeigneten Rechtssätze - Lücken aufweist, werden dann die Vorschläge, die Rechtsprechung und Literatur zur Lösung des Problems unterbreitet haben, auf ihre Verwendbarkeit hin geprüft. Besondere Beachtung erfährt die Frage, ob die beabsichtigte Rechtsfortbildung ¹⁾ über den Rahmen einer bloßen Lückenausfüllung hinaus geht und damit den vom Sozialgerichtsgesetz beschriebenen Anwendungsbereich des vorläufigen Rechtsschutzes verläßt ²⁾.

I. Die Unvollständigkeit der Vorschriften des Sozialgerichtsgesetzes über die einstweilige Anordnung

Die folgenden jedoch nicht mit dem Anspruch auf Vollständigkeit aufgeführten Fallgruppen ³⁾, bei denen immer wieder vorläufiger Rechtsschutz begehrt wird, stellen Rechtsprechung und Literatur typischerweise vor Rechtsanwendungsprobleme:

- einstweilige Anordnung auf (erstmalige) Erteilung einer (vorläufigen) Arbeitserlaubnis nach § 19 I AFG ⁴⁾ sowie auf andere vorläufige Erlaubnisse und Genehmigungen oder Zulassungen (begünstigende Verwaltungsakte), auf die ein Anspruch besteht. (Zulassung als Kassenarzt, Genehmigung zur Errichtung einer Innungskrankenkasse u.ä.)

1) s. §§ 137 GVG, 43 SGG, 11 (4) VwGO, 11 (4) FGO und ferner BSGE 2, S. 168 f; 6, 204 (211)

2) vgl. Schumann in Stein/Jonas, ZPO, Einl. I E 1,2, 8 c, der darauf hinweist, daß es keine eigenständige prozessuale Methode der Rechtsfortbildung gibt; ebenso Wannagat, Rechtsfortbildung, S. 19 für die Sozialgerichtsbarkeit; v. Mutius, VerwArch 70, S. 372; Schnapp, SGB 1978, S. 344

3) Kopp, VwGO, § 123 Anm. 7 nennt Fallgruppen, die typisch für einstweilige Anordnungen gem. § 123 VwGO sind.

4) LSG Stuttgart NJW 1978, S. 727; BVerfGE 46, S. 166 ff

- einstweilige Anordnung auf Unterlassung oder Vornahme einer tatsächlichen Handlung (auch Behauptungen)¹⁾²⁾
- einstweilige Anordnung auf Erlaß eines (begünstigenden) Verwaltungsaktes durch die zuständige Behörde, auf Grund dessen (vorläufige)
 - = Geldleistungen oder
 - = Sachleistungenzu erbringen sind³⁾⁴⁾.

Offensichtlich scheinen die zum Erlaß einstweiliger Anordnungen im Sozialprozeß ermächtigenden §§ 97 (2-4), 130 S. 2, 180 (6), 181 S. 2 SGG dem Bedürfnis nach vorläufigem Rechtsschutz insoweit nicht in befriedigendem Umfang Rechnung zu tragen.

Gemeinsam ist den Normen jedenfalls, daß vorläufiger Rechtsschutz zeitlich auf das anhängige Verfahren, und zwar bis zu dessen rechtskräftigem Abschluß beschränkt bleibt⁵⁾. Aber selbst dann können vorläufige Regelungen nur unter den dort genannten mehr oder weniger engen Voraussetzungen getroffen werden. Für den Erlaß einstweiliger Anordnungen auch schon vor Klageerhebung und über bestimmte Falltypen hinaus, wie beispielsweise nach §§ 123 VwGO, 114 FGO sowie für die einstweilige Verfügung der Zivilprozeßordnung gem. §§ 935, 940 ZPO ganz allgemein vorgesehen, sucht man dagegen im Sozialgerichtsgesetz

1) LSG Essen, MDR 1964, S. 542; Bayr.LSG, Breithaupt 1977, S. 947; vgl. auch Grunsky in Stein/Jonas, ZPO, Vor § 935 IV 4

2) ferner Schuwerack JA 1978, S. 179

3) s. die jüngere Rechtsprechung der Sozialgerichte: Nachweise bei Schmidt, SGB 1980, S. 510

4) ferner Freitag, SGB 1979, S. 7 ff; einstweiliger Rechtsschutz von Ortskrankenkassen gegen den Vollzug einer auf § 226 Abs. 4 S. 1 RVO gestützten Verordnung über die Anpassung der Bezirke der Allgemeinen Ortskrankenkassen an die Grenzen der Gebietskörperschaften

5) Schuwerack, JA 1978, S. 180

vergebens nach einer Vorschrift.

Daher drängt sich der Verdacht auf, im Sozialgerichtsgesetz habe man es insoweit mit einer den Erfordernissen einer modernen Prozeßordnung nicht mehr Rechnung tragenden Regelung zu tun.

Es wäre jedoch methodisch fehlerhaft und könnte daher zu unzutreffenden Ergebnissen führen, ginge man einfach davon aus, daß das Sozialgerichtsgesetz unvollständig sei, weil es für die Zeit vor einem anhängigen Sozialprozeß überhaupt keine und nach Rechtshängigkeit nur für gewisse Fallgruppen, für andere Sachverhalte jedoch nicht, die einstweilige Anordnung vorsehe. Man würde dann verkennen, daß der Gesetzgeber neben dem (positiven) Anwendungsbereich einer Norm in der Regel nicht auch noch ausdrücklich diejenigen Bereiche nennt, für die das Gesetz nicht gelten soll. Das Schweigen des Gesetzes zu einer bestimmten Fallgestaltung läßt durchaus ebenso oder gerade den Schluß zu, daß entsprechende Bestimmungen mit Absicht nicht in das Gesetz aufgenommen wurden ¹⁾. Von einer Lücke im Gesetz kann man daher nur dann ausgehen, "wenn dieses für einen bestimmten Bereich eine einigermaßen vollständige Regelung anstrebt" ²⁾.

Es ist also zu prüfen, ob und ggfs. welche Regelungsabsicht dem Sozialgerichtsgesetz im Hinblick auf den vorläufigen Rechtsschutz in Form der einstweiligen Anordnung zugrunde liegt. Dabei ist "der dem Gesetz zugrundeliegende Regelungsplan aus ihm selbst im Wege der ... Auslegung zu erschließen" ³⁾. Zu beachten

1) Grunsky in Stein/Jonas, ZPO, Einl I E 8 b: "Nichtregelung einer Materie als qualifizierte Absage".

2) Larenz, Methodenlehre, S. 355

3) Larenz, a.a.O., S. 358: "Regelungslücke als planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes"; s.a. Canaris, Lücken, S. 31 ff, 197 f

ist, daß klar zwischen der Verbesserungsbedürftigkeit, d.h. der rechtspolitischen Kritik einerseits und der Unvollständigkeit bzw. Lückenhaftigkeit andererseits unterschieden wird; denn Rechtsfortbildung als Konsequenz aus der festgestellten Lückenhaftigkeit und eines damit einhergehenden Regelungsbedürfnisses ist gewöhnlich nur Gesetzesimmanent zulässig und nur ausnahmsweise und unter besonderen Voraussetzungen Gesetzesübersteigend, zur Korrektur rechtspolitischer Fehlentscheidungen des Gesetzgebers ¹⁾.

Zur Ermittlung der dem Sozialgesetz zugrundeliegenden Regelungsabsicht sind daher die folgenden Fragen zu beantworten:

- Will das Sozialgerichtsgesetz einstweilige Anordnungen überhaupt zulassen ?
- Wenn ja, inwieweit sollen einstweilige Anordnungen zulässig sein ?
 - = Sind einstweilige Anordnungen auf Erlaß von Verwaltungsakten gewollt , die die Grundlage für Geld- oder Sachleistungen geben ?
 - = Erstrebt das Sozialgerichtsgesetz beispielsweise die Statthaftigkeit einstweiliger Anordnungen auf Erteilung von (vorläufigen und erstmaligen) Erlaubnissen, Genehmigungen oder Zulassungen ?
 - = Sollen einstweilige Anordnungen auf Unterlassung oder die Vornahme von Handlungen möglich sein ?

1) Durch Verfassungs- und Gesetzesnormen ist der Richter "dem Gesetz unterworfen" bzw. "an Gesetz und Recht gebunden", Art. 97 (I) GG; 20 (3) GG; § 1 GVG; § 25 DRiG

Danach ist konsequenterweise die Frage nach der Verwirklichung des so ermittelten gesetzgeberischen Willens aufzuwerfen und zu beantworten:

- Sind alle Fälle, die der Gesetzgeber in seine Regelungsabsicht aufgenommen hat, auch tatsächlich normiert worden ?

Entsprechend der vorgegebenen Systematik des Sozialgerichtsgesetzes erfolgt die Untersuchung auf zwei Ebenen. Zunächst wird geprüft, ob eine Lücke darin zu sehen ist, daß eine Regelung einstweiliger Anordnungen vor anhängigen Verfahren, wie sie beispielsweise § 123 (1) S.1 VwGO vorsieht ¹⁾, im Bereich der Sozialgerichtsbarkeit fehlt ²⁾. Die Verneinung dieser Frage führt dazu, das hier gewonnene Ergebnis daraufhin zu untersuchen, ob es nicht gegen das durch Art. 19 Abs. 4 GG statuierte Gebot eines möglichst effektiven Rechtsschutzes verstößt. Anschließend befaßt sich die Arbeit mit der Frage, ob und inwieweit das Sozialgerichtsgesetz lückenhaft ist, weil es während und bis zum rechtskräftigen Abschluß des Prozesses den Erlaß einstweiliger Anordnungen nur in bestimmten Fällen vorsieht.

1. Lückenhaftigkeit des Sozialgerichtsgesetzes aufgrund fehlender Regelung einstweiliger Anordnungen vor anhängigen Gerichtsverfahren und das Gebot eines effektiven Rechtsschutzes nach Art. 19 Abs. 4 GG

1.1. Die Rechtslage vor dem Sozialprozeß

Die Materialien und Protokolle zum Gesetzgebungsverfahren, die Begründung zum Referentenentwurf sowie

1) s. ferner § 80 (5) VwGO; 114 (2) FGO

2) Schuwerack, JA 1978, S. 180

das Sozialgesetzbuch selbst geben keine eindeutige Auskunft darüber, wieso einstweilige Anordnungen vor einem Sozialprozeß nicht statthaft sein sollen.

In der amtlichen Begründung zu § 145 des Entwurfs der Sozialgerichtsordnung, dem Vorgänger von § 198 (2) SGG, die von allen Gesetzgebungsorganen, ohne eigene Stellungnahme angenommen wurde, heißt es lediglich: "Ebenso wie in der allgemeinen Verwaltungsgerichtsbarkeit erscheint es angebracht, die Vollstreckung nach den Vorschriften der ZPO stattfinden zu lassen. Der Arrest kann in der Sozialgerichtsbarkeit nicht vorkommen; die einstweilige Verfügung wird durch die einstweilige Anordnung des Vorsitzenden ersetzt. Beide Einrichtungen sind miteinander nicht zu übernehmen" ¹⁾.

Zwar bestimmt auch der heutige § 198 (2), daß die Vorschriften der ZPO über die vorläufige Vollstreckbarkeit den Arrest und die einstweilige Verfügung nicht anwendbar sind. Jedoch kann dem Wortlaut der Vorschrift nicht zwingend entnommen werden, daß - abgesehen von Arrest und einstweiliger Verfügung - jede andere Art von vorläufigem Rechtsschutz, insbesondere die einstweilige Anordnung, vor einem anhängigen Verfahren ausgeschlossen sein sollte ²⁾.

Das Bundesverfassungsgericht ³⁾ schließt daher aus der Begründung auf eine (anfängliche, unbewußte) ⁴⁾ Lücke des Gesetzes. Der Gesetzgeber habe nur den

1) BT-Drucksache, I. Nr. 4357, S. 34

2) BVerfGE 46, S. 166 (181); LSG Stuttgart 1978, S. 727; Haueisen, NJW 1959, S. 21; ders. NJW 1963, S. 322; ders. MDR 1963, S. 882 f.

3) BVerfGE 46, S. 183

4) Larenz, Methodenlehre, S. 363 f

Arrest, nicht aber die einstweilige Verfügung für entbehrlich gehalten, da er davon ausgegangen sei, daß die einstweilige Anordnung des Gerichtsvorsitzenden die Funktion der einstweiligen Verfügung einnehme. Damit habe der Gesetzgeber seine grundsätzlich positive Einstellung zu dieser Form des vorläufigen Rechtsschutzes zum Ausdruck gebracht und sich lediglich über die Vollständigkeit der von ihm getroffenen Regelung (§§ 97 (2-4), 130 S. 2, 180 (6), 181 S. 2 SGG) geirrt.

Die früher h. M. deutete dagegen die Formulierung des Regierungsentwurfs dahingehend, daß der Gesetzgeber einstweilige Anordnungen in anderen als in den im Sozialgerichtsgesetz geregelten Fällen habe ausschließen wollen ¹⁾.

Es ist jedoch offensichtlich daß sowohl den Argumenten der früher h. M. als auch den vom Bundesverfassungsgericht angestellten Erwägungen, Anhaltspunkte über den Regelungsplan des Gesetzgebers für die Zeit vor Rechtshängigkeit nicht entnommen werden können. Dabei könnte der Rückgriff auf die amtliche Begründung bei einer mehr an der Systematik des Sozialgerichtsgesetzes und den Erscheinungsformen des vorläufigen Rechtsschutzes orientierten Betrachtungsweise durchaus fruchtbar sein ²⁾.

Die amtliche Begründung der Bundesregierung zum Vorgänger des heutigen § 198 (2) SGG, in der es u.a. heißt, daß die einstweilige Verfügung durch die einstweilige Anordnung des Vorsitzenden ersetzt wird, kann nämlich auch ohne weiteres so verstanden

1) statt aller Peters/Sautter/Wolff, SGG, § 198 Anm. 36

2) Larenz, Methodenlehre, S. 304: ".... die Erforschung des Willens des historischen Gesetzgebers kann nicht das letzte Ziel der Auslegung sein".

werden, daß der Gesetzgeber diese Form des vorläufigen Rechtsschutzes auf gerade anhängige Verfahren hat beschränken wollen. Dem entspricht es, wenn die §§ 97 (2-4), 130 S. 2, 180 (6), 181 S. 2 SGG nicht zum Erlaß einstweiliger Anordnungen vor Rechtshängigkeit ermächtigen. Daß dies nicht ohne Bedeutung sein kann und eine Betrachtungsweise, die zwischen einstweiligen Anordnungen vor Rechtshängigkeit einerseits und solchen während des Prozesses andererseits differenziert, geradezu geboten ist, um die dem Sozialgerichtsgesetz zugrunde liegende Regelungsabsicht zu erkennen, hat die einschlägige Rechtssprechung und Literatur übersehen ¹⁾. Dabei hätte eine solche Sicht, die die Wesenszüge und die sich daraus ergebende Problematik des vorläufigen Rechtsschutzes maßgebend berücksichtigt, das Rätseln über das Bestehen einer Gesetzeslücke insoweit beenden können.

Einstweilige Anordnungen im Verwaltungsprozeß ergehen ebenso wie einstweilige Verfügungen und der Arrest der Zivilprozeßordnung auf Grund einer summarischen Prüfung im Rahmen eines Erkenntnisverfahrens ²⁾. Dabei wird auch in den Verwaltungsprozeßordnungen über den Bestand des geltendgemachten Rechts nicht endgültig entschieden; dies bleibt vielmehr der Entscheidung im Hauptverfahren vorbehalten ³⁾. Ziel der Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes ist daher "die von der Befriedigung spezifisch verschiedene ⁴⁾ Sicherung des Anspruchs oder des Rechtsverhältnisses".

1) so beispielsweise Mutius, VerwArch 70, S. 359 (367 ff); BVerfGE 46, S. 166 ff; anders nur Schuwerack, JA 1978, S. 179 ff, der allerdings vom Nichtvorhandensein einer Regelung methodenwidrig sofort auf eine Lücke des Gesetzes schließt.

2) Grunsky, JuS 1976, S. 283; Teplitzky, JuS 1980, S. 863

3) Leipold, Grundlagen, S. 38 ff

4) Grunsky in Stein/Jonas, ZPO, Vor § 916 Anm. I 1 u.2, der die Notwendigkeit des Eilverfahrens aus dem Justizgewährungsanspruch ableitet; Kopp, VwGO, § 123 Anm. 6 ff

Bereits hieraus ergibt sich, daß der einstweilige Rechtsschutz im Verhältnis zum "eentlichen" Erkenntnisverfahren keine selbständige sondern lediglich eine provisorische und eine im Hinblick auf das spätere Hauptverfahren untergeordnete Bedeutung hat. Die Konzeption der Prozeßordnungen geht davon aus, daß nur der neben oder gleichzeitig mit dem vorläufigen Rechtsschutzverfahren stattfindende bzw. der nachfolgende Hauptprozeß der (endgültigen) Entscheidung über den Anspruch und der Schaffung eines Vollstreckungstitels zu seiner Befriedigung dient ¹⁾.

An Bedeutung hat der einstweilige Rechtsschutz insbesondere auf dem Gebiet der Zivilprozeßordnung und des Arbeitsgerichtsgesetzes jedoch gerade deshalb gewonnen ²⁾, weil die Parteien hier systemwidrigerweise vielfach im beiderseitigen Einvernehmen auf die Durchführung des Hauptverfahrens verzichten, oder gar nicht mehr die bloße Sicherung des Anspruchs, sondern dessen teilweise oder vollständige Befriedigung im Wege des summarischen Verfahrens begehren und auch zugesprochen bekommen (Leistungsverfügungen bzw. -anordnungen) ³⁾.

Diese Entwicklung ist insbesondere in den Fällen der sog. Leistungsverfügung bzw. -anordnung unbefriedigend ⁴⁾, weil die Schadensersatzpflicht ⁵⁾ bei ent-

1) Baur, BB 1964, S. 607

2) zu nennen sind a) Beeinträchtigung des allgemeinen Persönlichkeitsrechtes bzw. des Rechtes am Gewerbebetrieb; b) Unlauterer Wettbewerb c) Streitigkeiten aus Anlaß von Arbeitskämpfen d) Presserecht; s. dazu Baur, a.a.O., S. 609; Teplitzky, a.a.O., S. 883; Grunsky in Stein/Jonas, a.a.O., ebenda

3) Teplitzky, a.a.O., S. 883; Baur, a.a.O., S. 607; v. Mutius, VerwArch 1977, S. 197; Schmidt, SGB 1980, S. 513; Grunsky in Stein/Jonas, ZPO, Vor § 935 IV Anm. I

4) Leipold, ZZP 90, S. 260 ff; zurückhaltender für den Anwendungsbereich von § 123 VwGO: Obermayer, Festschrift H. Peters, S. 880

5) s. § 945 ZPO sowie § 123 (3) VwGO i.V.m. 945 ZPO

gegengesetzter Entscheidung im Hauptprozeß, die durch das einstweilige Verfahren geschaffenen irreparablen Verhältnisse nicht wettzumachen vermag. Fehlentscheidungen im summarischen Verfahren wird man auch nicht als zu vernachlässigende Größe ansehen können, da ja hier die Kautelen und Förmlichkeiten (Beweisaufnahme) des ordentlichen Verfahrens aus Gründen der Beschleunigung gerade fehlen.¹⁾ Um dieser Gefahr Rechnung zu tragen, werden daher beispielsweise Geldleistungen bzw. der Erlaß von Verwaltungsakten, die die Grundlage für solche Zahlungen bilden, im Wege des vorläufigen Rechtsschutzes nur dann angeordnet, wenn der Antragsteller diese Leistungen für seinen Lebensunterhalt unabwendbar benötigt²⁾. Ein Rückzahlungs- bzw. Schadensersatzanspruch wird hier wegen der finanziellen Schwäche des Antragstellers in vielen Fällen illusorisch sein³⁾, sollte im Hauptprozeß anders entschieden werden. Die Verpflichtung zur Gewährung vorläufiger Leistungen wäre nämlich gerade nicht ausgesprochen worden, wenn der Antragsteller so zahlungsfähig gewesen wäre, daß er bis zur rechtskräftigen Entscheidung in der Hauptsache, den Unterhalt aus eigenen Mitteln hätte bestreiten können.

Schwankhardt begründet sogar das Fehlen einer den §§ 935, 940 ZPO und § 123 VwGO entsprechenden Vorschrift im Sozialgerichtsgesetz mit der Schwierigkeit, die aufgrund vorläufiger Beschlüsse gewährten Geldleistungen bei nachträglich festgestellter Rechtswidrigkeit im Wege der Erstattung zurückfordern zu können⁴⁾. Von anderen wird darauf hingewiesen, daß

1) Teplitzky, JuS 1980, S. 883; Grunsky in Stein/Jonas, ZPO, Vor § 935 IV 1; Leipold, ZZP 90, S. 260

2) s. aber die Bedenken vor Baur, BB 1964, S. 607; ferner Eyermann/Fröhler, VwGO, § 123 Anm. 8

3) teilweise auch aus Rechtsgründen: vgl. BVerwG, DVBl 1980, S. 959

4) Schwankhardt, Rechtsschutz, 295 f

die Zulassung einstweiliger Anordnungen im Sozialprozeß regelmäßig - jedenfalls soweit die Leistungsverwaltung betroffen sei - das Ergebnis des Hauptprozesses vorwegnahme und daher auch aus diesem Grund erheblichen Bedenken ausgesetzt sei ¹⁾.

Daß die - auch zuvor für den Sozialprozeß festgestellte ²⁾ - zeitliche Dimension im Verhältnis Hauptprozeß - summarisches Verfahren mit der (unerwünschten) Verselbständigung der einstweiligen Anordnung bzw. Verfügung in engem Sachzusammenhang steht, geht nicht nur aus dem Adjektiv "vorläufig", sondern auch aus § 926 ZPO hervor, der grundsätzlich in jedem Arrestprozeß, bei allen einstweiligen Verfügungen ³⁾ und ebenso im Verwaltungsprozeß über § 123 (3) VwGO gilt. Der Schuldner kann gemäß § 926 ZPO den Gläubiger zur Erhebung der Klage zwingen, falls die Hauptsache (noch) nicht anhängig ist. Damit wird sichergestellt, daß gegen den Willen des (zunächst) Unterlegenen die vorläufige Entscheidung nicht zu einer endgültigen werden kann und damit in ihr Gegenteil verkehrt würde. Daß vorläufiger Rechtsschutz vor Rechtshängigkeit (im Verwaltungsgerichtsverfahren) keine Selbstverständlichkeit ist, zeigt ferner die Aufnahme des Nebensatzes "auch schon vor Klageerhebung" in den einschlägigen Vorschriften der Verwaltungs- und Finanzgerichtsordnung ⁴⁾, die die

1) Bay. LSG, ZfS 1967, S. 142: Gewährung einer Waisenrente im Wege von § 123 VwGO analog; Spielmeier, SGB 1963, S. 189

2) s.o.S. 125

3) Grunsky in Stein/Jonas, ZPO, § 926 Anm. 1

4) §§ 80 (5) S. 2, 123 (1) S. 1 VwGO; 114 FGO

Voraussetzungen für die Zulässigkeit einstweiliger Anordnungen regeln und so gleichzeitig die enge Verknüpfung des vorläufigen Verfahrens mit dem Hauptverfahren betonen.

Rechtstechnisch kann die Verbindung der beiden Verfahren auch hergestellt werden, indem man - wie im Sozialgerichtsgesetz vorgesehen - vorläufigen Rechtsschutz nur im Rahmen bzw. parallel oder akzessorisch zu einem anhängigen Prozeß, der der Durchsetzung des im einstweiligen Verfahren zu sichernden Anspruchs dient, gewährt. Unzumutbare Nachteile, die billigerweise nicht erwartet werden können ¹⁾, wohnen dieser Lösung selbst nicht inne, da der vorläufigen Rechtsschutz Begehrende dann lediglich den ohnehin allein für die (endgültige) Entscheidung über seinen Anspruch und Schaffung eines Vollstreckungstitels vorgesehenen Hauptprozeß anstrengen muß und die vorläufige Entscheidung selbst noch rechtzeitig vor der sonst möglicherweise verspäteten Entscheidung in der Hauptsache ergehen kann ²⁾.

Es drängt sich daher der Gedanke auf, daß die zuvor beschriebene Konzeption dem Sozialgerichtsgesetz zu Grunde liegt, wenn es vorläufigen Rechtsschutz nur während anhängiger Prozesse zuläßt. Daß diese Vorstellung jedoch auch die Regelungsabsicht des Gesetzgebers bestimmt haben muß, ergibt sich aus der von ihm ohne Abänderung übernommenen amtlichen Begründung zum Regierungsentwurf von § 198 (2) SGG,

-
- 1) zur Argumentation vgl. Larenz, Methodenlehre, S.277
2) a.A. Schuwerack, JA 1978, S. 180, der zwar zwischen einstweiligem Rechtsschutz außerhalb und während anhängiger Verfahren unterscheidet, jedoch die Differenzierung nicht durchhält und nur deshalb zur Annahme einer Gesetzeslücke kommen kann, weil er den falltypisch ausgestalteten Rechtsschutz des Hauptverfahrens bereits bei Beantwortung dieser Frage berücksichtigt.

in der es u.a. heißt: "... die einstweilige Verfügung wird durch die einstweilige Anordnung des Vorsitzenden ersetzt." Der Erlaß einstweiliger Anordnungen durch den Vorsitzenden des Gerichts setzt aber notwendigerweise ein bereits anhängiges Gerichtsverfahren voraus.¹⁾ Daher ist auch der historische Gesetzgeber offensichtlich davon ausgegangen, daß im Bereich der Sozialgerichtsbarkeit vorläufiger gerichtlicher Rechtsschutz in Form der einstweiligen Anordnung nur während und bis zum rechtskräftigen Abschluß eines anhängigen Verfahrens zulässig ist ²⁾ .

Teleologische, systematische, grammatische sowie historische Auslegung fügen sich somit zwangslos zu einem Bild zusammen, das die Regelungsabsicht des Gesetzgebers - nämlich den Ausschluß einstweiliger Anordnungen vor Rechtsanhängigkeit - plastisch wiedergibt.

1.2. Vereinbarkeit des Ausschlusses einstweiliger Anordnungen vor anhängigem Sozialprozeß mit Art. 19 Abs. 4 GG unter besonderer Berücksichtigung des Vorverfahrens

Der Ausschluß einstweiliger Anordnungen vor Klageerhebung könnte allerdings mit dem Gebot eines effektiven Rechtsschutz nicht zu vereinbaren sein und daher gegen Art. 19 Abs. 4 GG verstoßen, wenn das obligatorische Widerspruchsverfahren (§ 78 Abs. 1) den Zugang zum vorläufigen Rechtsschutz (während)

-
- 1) Der Sozialprozeß kennt kein verselbständigtes einstweiliges Rechtsschutzverfahren wie bspw. die Verwaltungsgerichtsordnung mit §§ 80 (5), 123 VwGO; ferner Koordinierungsausschuß, EVPO, S. 326 (Begründung)
- 2) s.a. BVerfGE 46, S. 172: so das LSG Hamburg gegen dessen Beschluß Verfassungsbeschwerde eingelegt wurde; ferner v.Mutius, VerwArch 1979, S. 362 sowie Schuwerack, JA 1978, S. 181

des anhängigen Prozesses sperrt. Daher ist zu untersuchen, ob und ggfs. in welchen Fällen dies zutrifft und welchen Maßstab Art. 19 Abs. 4 GG für die Ausgestaltung des vorläufigen Rechtsschutzes gibt ¹⁾.

1.2.1. Das Vorverfahren als Sperre für den vorläufigen Rechtsschutz

Bedenken, das Widerspruchsverfahren könne als Sperre für den vorläufigen Rechtsschutz wirken, tauchen auf, wenn man das Vorverfahren und seine Funktion als Klage- und damit auch als Zugangsvoraussetzung zum vorläufigen gerichtlichen Rechtsschutz nach Maßgabe des Sozialgerichtsgesetzes mit in die Betrachtung einbezieht ²⁾. Da einstweilige Anordnungen bzw. Aussetzungen des Vollzugs durch das Gericht im Rechtsschutzsystem des Sozialgerichtsgesetzes erst ab Rechtshängigkeit des Hauptprozesses und daher nach Durchführung des Vorverfahrens möglich sind, schränkt das Widerspruchsverfahren den vorläufigen gerichtlichen Rechtsschutz solange ein ³⁾. Nur in den Fällen, in denen wahlweise Widerspruch erhoben oder unmittelbar Klage eingelegt werden kann (Wahl- oder

1) s. BVerfGE 46, S. 166 ff; Benz, BB 1980, S. 786

2) Krob, SGB 1970, S. 331 ff; dies mag überraschen, soll doch das Vorverfahren (auch) der Beschleunigung des sozialgerichtlichen Verfahrens dienen; s. hierzu die amtl. Begr. zu § 27 des Entwurfs zum SGG, dem Vorgänger des heutigen § 78 SGG, abgedruckt in Hofmann-Schroeter (1. Aufl.), SGG, § 78 Anm. 1; Meyer-Ladewig, SGG, Vor § 77 Anm. 1; Kopp, VwGO; Vorbem zu § 68 Anm. 1; s. hierzu jedoch auch Haueisen, DOK 1966, S. 166

3) vgl. Benz, BB 1980, S. 786, der bei einem obligatorischen Vorverfahren wegen der Sperre des Zugangs zum Gericht Art. 19 Abs. 4 GG heranziehen will; ferner Haueisen, DOK 1966, S. 166 f

Sprungklage nach § 78 Abs. 2), bzw. dann, wenn der Widerspruch selbst Aufschub bewirkt oder zu einer Aussetzung des Vollzugs ermächtigt (§ 86 Abs. 2 und 3), steht das Vorverfahren der Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes, und sei es durch die Verwaltung¹⁾, nicht entgegen²⁾.

Dazu gehören Pflichtleistungen aus der Unfallversicherung, den Rentenversicherungen der Arbeiter und Angestellten sowie der Kriegsopferversorgung, wenn die Aufhebung oder Abänderung eines Verwaltungsaktes begehrt wird (§ 78 Abs. 2), aber auch der Entzug von laufenden Leistungen in der Kriegsopferversorgung, in Angelegenheiten der Bundesanstalt für Arbeit und der Sozialversicherung, sowie Verwaltungsakte,

-
- 1) Die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs ist (auch) Ausdruck von Art. 19 Abs. 4 GG so BVerwG NJW 1953, S. 1607
 - 2) Mit Wirkung vom 01.01.1975 an wurde aus Gründen der weiteren Beschleunigung und Entlastung des sozialgerichtlichen Verfahrens durch das Gesetz zur Änderung des SGG vom 30.07.1974 (BGBl. I S. 1625) das Widerspruchsverfahren als Sachurteilsvoraussetzung für Anfechtungs- und Versagungsgegenklage - von gewissen Ausnahmen, wie § 78 Abs. 1 Nr. 1-3; § 78 Abs. 2, abgesehen - allgemein eingeführt. Zuvor sahen die §§ 78 a.F. vor, daß nur in den dort ausdrücklich bestimmten Fällen, nämlich bei:
 - Ermessensleistungen: § 79 Nr. 1 a.F.
 - Verpflichtungsklagen: § 79 Nr. 2 a.F.
 - Angelegenheiten der Kranken- und Knappschaftsversicherung, der Bundesanstalt für Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung sowie der Kriegsopferversorgung: § 80 Nr. 1 a.F.
 - Beitragsstreitigkeiten in der Unfallversicherung und in den Rentenversicherungen der Arbeiter und Angestellten: § 80 Nr. 2 a.F.

ein Vorverfahren durchzuführen sei.

Zum Änderungsgesetz vom 30.07.1974 nehmen Stellung: Brenner, NJW 1975, S. 1491; Meyer-Ladewig, BB 1974, S. 1535

welche die Kapitalabfindung von Versicherungsansprüchen, die Rückforderung von Beiträgen oder sonstigen Leistungen betreffen (§ 86 Abs. 2 und 3). Ferner kann das Widerspruchsverfahren den vorläufigen Rechtsschutz nicht in den Fällen sperren, in denen einstweilige Anordnungen auf Unterlassung oder Vornahme von rein tatsächlichen Handlungen begehrt werden, da hier kein Verwaltungsakt ergeht bzw. erlassen werden soll, dessen Recht- und Zweckmäßigkeit in einem Vorverfahren überprüft werden kann (§ 78 SGG)¹⁾.

Anders ist es dagegen bei der Ablehnung einer erstmals beantragten Erlaubnis, Genehmigung oder Zulassung sowie bei der Rücknahme, dem Widerruf, der Nichtverlängerung oder Änderung entsprechender Verwaltungsakte, es sei denn, es handelt sich um eine Erlaubnis nach Artikel 1 § 1 des Gesetzes zur Regelung der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung (§ 86 Abs. 4). Ein Vorverfahren muß auch bei Pflichtleistungen aus der Sozialversicherung und Kriegsopferversorgung²⁾ durchgeführt werden³⁾, wenn erstmals ein Leistungsantrag gestellt und abgelehnt wird, und zwar ohne daß die - bereits rechtstechnisch ausgeschlossene⁴⁾ - aufschiebende Wirkung eintritt. Gleiches gilt für erstmalige sowie für die Änderung von Leistungen nach dem Bundeskindergeldgesetz⁵⁾ und anderen Gesetzen, für die die Zuständigkeit der Sozialgerichte gegeben ist⁶⁾.

1) s.O.S. 119 Fn. 1

2) vgl. Henke, Grundzüge, S. 177; in diesem Zusammenhang s.a. den Beispielsfall von Hauelsen, DOK 1966, S. 166

3) Für den Erlass einstweiliger Anordnungen selbst ist nicht Voraussetzung, daß die zuständige Behörde bereits mit der Sache befaßt war (umstr.) oder das Widerspruchsverfahren bereits durchgeführt ist; u.U. fehlt aber im ersten Fall das Rechtsschutzbedürfnis s. Kopp, VwGO, § 123 Anm. 25

4) Meyer-Ladewig, SGG, § 86 Anm. 6 u. § 97 Anm. 3

5) Bundeskindergeldgesetz - BKGG - vom 14.04.1964 (BGBl I S. 265) i.d.F. vom 31.01.1975 (BGBl I S. 412)

6) s. Meyer-Ladewig, SGG, § 51 Anm. 29 ff

Zwar könnte man sagen, daß die Sperre, die das Vorverfahren für den vorläufigen gerichtlichen Rechtsschutz in diesen Fällen bildet, sich deshalb nicht entscheidend auswirkt, weil es die Gerichte für die Zulässigkeit ausreichen lassen, wenn das Vorverfahren bis zur letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz durchgeführt wurde ¹⁾. Zu dieser Praxis, die im übrigen mit dem Wortlaut von § 78 Abs.1 schwerlich in Einklang zu bringen ist, sind die Gerichte jedoch nicht verpflichtet, und dem Kläger, der um vorläufigen gerichtlichen Rechtsschutz nachsucht, wird es weder zumutbar sein noch wird er das Risiko eingehen wollen, seine Klage in der Hauptsache aus diesem Grund als unzulässig abweisen zu lassen. Jedenfalls ist diese Konstruktion geeignet, den Rechtsschutz des Betroffenen zu verkürzen, solange die Behörde über den Widerspruch (bspw. wegen Untätigkeit) noch nicht entschieden hat ²⁾.

Eine andere Betrachtungsweise ergibt sich auch dann nicht, wenn man den vorläufigen Rechtsschutz, den das materielle Sozialrecht gewährt, berücksichtigt. Dieser liegt in den Händen der Verwaltung und nicht der Gerichte, ist fast ausschließlich auf die Erbringung von Sach- und Dienstleistungen gerichtet und beschränkt sich auf gewisse Bereiche, wie Ausbildungs- und Arbeitsförderung sowie Rehabilitationsmaßnahmen oder erfaßt nur ganz spezielle Tatbestände, wie zum Beispiel §§ 42, 43 SGB-AT. ³⁾ Es ist daher offensichtlich, daß die vorläufigen Leistungen durch

1) Meyer-Ladewig, SGG, § 78 Anm. 3; Kopp, VwGO § 68 Anm. 3; BSGE 20, S. 199 sowie 25, S. 66 (umstr.); a.A. v. Mutius, Widerspruchsverfahren, S. 174 ff, da das Vorverfahren sonst keine Filterwirkung entfaltet und damit nicht zur Entlastung der Gerichte und zur Beschleunigung des Verfahrens beiträgt.

2) So auch Haueisen, DOK 1966, S. 166 f

3) s.o. S. 69 ff

das materielle Sozialrecht, insbesondere im Hinblick auf die Erteilung von Erlaubnissen, Genehmigungen oder Zulassungen ¹⁾, nicht geeignet sind, die durch das Widerspruchsverfahren bedingte Sperre zum vorläufigen gerichtlichen Rechtsschutz zu durchbrechen. Darüber hinaus besteht auch dann, wenn der Widerspruch Aufschub bewirkt, die Behörde sich aber nicht daran hält oder aber, unbegründeterweise, einen Antrag auf Aussetzung der Vollziehung ablehnt, ein Bedürfnis nach einstweiligen Anordnungen, das in der Zeit vor einem noch nicht anhängigen Sozialprozeß und einem obligatorischen Vorverfahren nicht befriedigt werden kann ²⁾. Ferner ist vorläufiger Rechtsschutz dann nicht möglich, wenn in diesen Fällen ein Widerspruch überhaupt noch nicht erhoben wurde ³⁾.

1.2.2. Die Verfassungsmäßigkeit der Konzeption des Sozialgerichtsgesetzes: Ausschluß einstweiliger Anordnungen vor Rechtshängigkeit - (weitgehend) obligatorisches Vorverfahren, gemessen an Art. 19 Abs. 4 GG

Nach Art. 19 Abs. 4 GG steht demjenigen, der durch die öffentliche Gewalt ⁴⁾ in seinen Rechten verletzt wird, der Rechtsweg offen ⁵⁾, und zwar kann, soweit

1) s.o.S. 118

2) v. Benz, BB 1980, S. 786: "Zumindest bei einem obligatorischen Vorverfahren wird man auch Art. 19 Abs. 4 GG heranziehen müssen."

3) vgl. Haueisen, DOK 1966, S. 166 f

4) "Öffentliche Gewalt", i.S.d. Art. 19 Abs. 4 GG ist die Verwaltung aller Zweige und Grade, also auch die Sozialverwaltung: s. Hamann/Lenz, Grundgesetz, Art. 19 Rdn. 14

5) Zum System der gerichtlichen Rechtswege i.S.d. Art. 19 Abs. 4 GG gehört auch die Sozialgerichtsbarkeit: s. Schmidt-Bleibtreu/Klein, Kommentar, Art. 19 Anm. 18; die Hauptbedeutung von Art. 19 Abs. 4 GG liegt auf dem Gebiet des Verwaltungsprozesses: s. Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art. 19 Abs. 4 Anm. 7

eine andere Zuständigkeit nicht begründet ist, in jedem Fall der Weg zu den ordentlichen Gerichten beschritten werden ¹⁾.

Mit diesem sog. formellen Hauptgrundrecht ²⁾ soll ein möglichst lückenloser und gleichzeitig effektiver gerichtlicher Schutz der Rechtssphäre des einzelnen gegen Eingriffe der öffentlichen Hand gewährleistet werden ³⁾.

Dabei steht der Rechtsweg jedoch nicht, wie der Wortlaut von Art. 19 Abs. 4 GG vermuten lassen könnte, schrankenlos offen. Die Vorschrift garantiert im Prinzip den Zugang zu den Gerichten nur im Rahmen der jeweiligen Prozeßordnung ⁴⁾. Allerdings darf diese Einschränkung wiederum als nicht so weitgehend verstanden werden, daß eine Verfahrensordnung ganz allgemein, für bestimmte Fallgruppen oder für Einzelfälle den Rechtsweg vollständig ausschließen könnte; Art. 19 Abs. 4 GG mithin den Rechtsweg nur insoweit gewährleiste, wie er sich ohnehin aus den Prozeßordnungen ergebe.

1) "Insoweit ist Art. 19 Abs. 4 GG notwendiger Bestandteil des Rechtsstaatsgedankens, da ohne einen solchen Rechtsschutz das Gesetzmäßigkeitsgebot des Art. 20 Abs. 3 GG leerliefe", so Schnapp in v.Münch Kommentar, Art. 20 Anm. 23 f; "Zur Rechtsstaatlichkeit gehören: ...; der justizförmige Rechtsschutz des einzelnen durch sachlich und persönlich unabhängige Richter, insbesondere bei Verletzungen der Rechte durch die öffentliche Gewalt", so v.Mangoldt/Klein, Grundgesetz, Art. 20 GG VI, Anm. 2

2) Klein, VVDStRL 8, S. 85; maunz-Dürig-Herzog, GG, Art. 19 Abs. 4, Anm. 2; Schmidt-Bleibtreu/Klein, Kommentar, Art. 19 Anm. 1 und 2; BVerfGE 24, S. 367 ff

3) BVerfGE 8, S. 326; Schmidt-Bleibtreu/Klein, Kommentar, Art. 19 Anm. 16; vgl. auch Pipkorn, DÖV 1970, S. 174 m.w.N.

4) BVerfGE 27, S. 310 ff; 35, S. 273; 41, S. 26

Die rechtlichen und tatsächlichen Voraussetzungen, die den Weg zu einer gerichtlichen Entscheidung in der Sache erschweren können, wie z.B. (Rechtsmittel-, Klage-)fristen ¹⁾, Prozeßkostenvorschußpflicht ²⁾, Vorverfahren ³⁾ oder Prozeßvertretung ⁴⁾ u. ä., unterliegen zwar der Regelungsbefugnis des einfachen Gesetzgebers ⁵⁾. Diese Zugangsvoraussetzungen hat jener aber in aller Regel verfassungsgemäß ausgestaltet, denn die meisten Grundsätze sollen Rechtssicherheit und geordneten Gang der Rechtspflege gewährleisten und dienen damit im weiteren Sinne ebenfalls dem Rechtsschutz des Bürgers ⁶⁾.

Die relativ weit geschnittene Regelungsfreiheit des Gesetzgebers in der Gestaltung der Prozeßordnungen endet allerdings dort, wo der Weg zu den Gerichten in unzumutbarer, aus Sachgründen nicht mehr zu rechtfertigender Weise erschwert wird, so daß ein umfassender effektiver Rechtsschutz ausgeschlossen ist ⁷⁾. So hat das Bundesverfassungsgericht beispielsweise entschieden, daß der Gesetzgeber (im Bereich des Strafverfahrens und Strafvollzugs) die sofortige Vollziehung als Regel und die Aussetzung

1) BVerfGE 35, S. 41 ff; BGHZ 22, S. 32 ff; BVerwG DVBl 1967, S. 856 zu § 58 Abs. 2 VwGO

2) BVerfGE 10, S. 264 ff; Art. 24 des Bayr. KostenG v. 17.12.1956 (GVBl. S. 361) war mit Art. 19 Abs. 4 zu vereinbaren, da die an die Nichtzahlung eines Kostenvorschusses geknüpfte Fiktion, daß der Antrag als zurückgenommen galt, durch die praktische Handhabung der Bestimmung fühlbar gemindert wurde und sichergestellt war, daß dieser Weg zu den Verwaltungsgerichten nicht in unbilliger und rechtsstaatswidriger Weise erschwert wurde.

3) s.v. Münch, Kommentar, Art. 19 Anm. 56

4) BSG in DVBl 1971, S. 420

5) Hamann/Lenz, Grundgesetz, Art. 19 Abs. 4 Rdn. 17

6) BVerfGE 10, S. 267; Leibholz/Rinck, Kommentar, Art. 19 Abs. 4, Anm. 10; Schmidt-Bleibtreu/Klein, Kommentar, Art. 19 Anm. 18 m.w.N.

7) BVerfGE 10, S. 268 ff; 41, S. 23 ff und S. 332 ff

des Vollzugs als Ausnahme vorsehen kann, wenn der Betroffene gleichzeitig in die Lage versetzt wird, umgehend eine gerichtliche Entscheidung darüber herbeizuführen, ob im konkreten Fall das öffentliche Interesse an der sofortigen Vollziehung oder aber das eigene an der Aussetzung der Vollstreckung bis zur Nachprüfung der Rechtmäßigkeit der Maßnahme überwiegt ¹⁾. Anders ist es dagegen, wenn der Hoheits-träger eine Maßnahme derart kurzfristig anordnet und durchsetzt, daß keine ausreichende Zeit zur Erlangung des gesetzlich zustehenden Rechtsschutzes verbleibt; dann wird das Recht des Betroffenen aus Art. 19 Abs. 4 GG auf wirksamen Rechtsschutz verletzt ²⁾.

Bereits das OVG Lüneburg hat zu den Anforderungen, die Art. 19 Abs. 4 GG an den vorläufigen Rechtsschutz von MRVO 165, dem Vorgänger der heutigen Verwaltungsgerichtsordnung, stellte, ausgeführt ³⁾, daß Rechtsschutz zwar schon durch die Eröffnung eines Verwaltungsstreitverfahrens gewährt werde. Volle Wirkung könne dieser jedoch erst mit rechtsbeständiger Entscheidung entfalten; denn während des erfahrungsgemäß eine geraume Zeit beanspruchenden Verfahrens könnten die umstrittenen Rechte schon allein durch dessen Dauer oder aufgrund anderer, nicht im Willen der Prozeßbeteiligten stehenden Umstände, verändert und damit gefährdet werden. Daher sei ein Rechtsschutz gemessen an Art. 19 Abs. 4 GG unvollkommen, wenn derjenige, der beispielsweise im Wege der Vornahmeklage, sein Recht suche, keine Möglichkeit habe, die mit einer längeren Verfahrensdauer oft unvermeidbar verbundene Schaffung vollendeter Tatsachen zumindest bis zur rechtskräftigen Entscheidung abzuwenden ⁴⁾.

1) BVerfGE 37, S. 150 ff

2) BVerfGE 16, S. 289 ff; 17, 83 ff

3) OVG Lüneburg, DÖV 1958, S. 231 ff

4) s. hierzu BVerfGE 46, S. 179

An diesen Maßstäben, die Art. 19 Abs. 4 GG an das Verwaltungsgerichtsverfahren legt, muß sich auch ein Widerspruchsverfahren orientieren, wenn es, wie § 78 Abs. 1 S. 1 SGG bestimmt, als obligatorische Klagevoraussetzung den Zugang zum gerichtlichen Rechtsschutz - jedenfalls für die Dauer des Vorverfahrens - sperrt. Bei einem diesen Anforderungen Rechnung tragenden Verfahren wären beispielsweise Regelungen denkbar, wie sie §§ 80 Abs. 5 S. 2 , 123 Abs. 1 S. 1 VwGO, aber auch - auf materiell-rechtlicher Ebene - die §§ 42, 43 SGB-AT u.a. vorsehen ¹⁾. Wesentlich andere Voraussetzungen liegen selbst dann nicht vor, wenn man den Suspensiveffekt des Widerspruchs, der nach Maßgabe von § 86 Abs. 2-4 SGG in den dort bestimmten Fällen eintritt, als Ausdruck des durch Art. 19 Abs.4 GG gewährleisteten effektiven Rechtsschutzes ansieht ²⁾.

Droht nämlich trotz aufschiebender Wirkung der Eintritt vollendeter Tatsachen, sei es, daß die Verwaltung (irrtümlicherweise) den Verwaltungsakt vollzieht, sei es aufgrund sonstiger Umstände, so bleiben Regelungen, die geeignet sind, unzumutbare Nachteile abzuwenden, wie zum Beispiel die einstweilige Anordnung, weiter erforderlich ³⁾. Ganz besonders gilt dies aber, wenn das Widerspruchsverfahren, entweder weil das Gesetz einen Suspensiveffekt nicht vorgesehen hat oder dieser bei Vornahme klagen aus rechtstechnischen Gründen nicht eintreten kann, noch nicht einmal Aufschub bewirkt. Bei dieser Konstellation, die wegen der enumerativen Aufzählung

1) so auch Martin, NJW 1956, S. 1706 für die Zeit vor Inkrafttreten der Verwaltungsgerichtsordnung vom 21. Januar 1960 (BGBl I S. 17)

2) so BVerfGE 35, S. 274; ferner LSG Hamburg, Breithaupt 1979, S. 582 ff im Anschluß an BVerfGE 46, S. 166: § 86 SGG enthalte eine Lücke, die durch eine Analogie zu § 80 Abs. 4 u. 5 VwGO im Hinblick auf Art. 19 Abs. 4 GG zu schließen sei; a.A. Benz, BB 1980, S. 782 ff

3) Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art. 19 Abs.4 Anm. 1 u.9: aus Sinn und Zweck von Art.19 Abs. 4 GG folgt, daß die Vorschrift weit auszulegen ist, so auch BVerwGE 17, S. 85

der Fälle, in denen der Widerspruch nach § 86 Abs. 2 - 4 SGG vorläufigen Schutz vor dem Vollzug bietet oder aber, weil es sich bei Streitfällen in der Sozialgerichtsbarkeit vielfach um Vornahmesachen handelt, nicht selten ist, fehlt zudem die Möglichkeit während des Vorverfahrens ein Gericht anzurufen, um so wenigstens vorläufig das umstrittene Recht zu sichern ¹⁾.

Dieses Defizit an effektivem Rechtsschutz vor einem anhängigen sozialgerichtlichen Verfahren ²⁾ wird auch nicht durch eine besondere verfahrensmäßige Ausgestaltung, wie sie sich beispielsweise durch die Abkürzung der Fristen im Rahmen von § 88 SGG anbieten würde ³⁾, wettgemacht. Selbst materiellrechtliche Zwischenregelungen, wie zum Beispiel §§ 42, 43 SGB-AT und ferner § 51 Abs. 2 BAFöG; §§ 141 f, 38 AFG; § 6 Abs. 2 Reha-AnglG beheben diesen Mangel nur punktuell, da sie im System sozial-rechtlicher Leistungen eine Ausnahme bleiben.

Daher verstößt das Sozialgerichtsgesetz insoweit gegen Art. 19 Abs. 4 GG ⁴⁾, weil es das Widerspruchs-

1) vgl. BVerfG in DVBl 1980, S. 877: "Der gerichtlichen Durchsetzung eines materiellen Anspruchs dürfen daher nicht unangemessen hohe verfahrensrechtliche Hindernisse in den Weg gelegt werden. Das gilt in besonderem Maße, wenn ein Gesetz Anrechte auf Leistungen der öffentlichen Gewalt zu Unrecht entzogen hatte und für nichtig erklärt wird. In einem solchen Fall ist es mit dem Gebot effektiven Rechtsschutzes nicht zu vereinbaren, die unter Umständen um Jahre verspätete Durchsetzung des materiellen Anspruchs durch verfahrensrechtliche Hürden weiter zu erschweren"; s. ferner auch Wieseler, Vorläufiger Rechtsschutz, S. 168 ff

2) so auch Haueisen, DOK 1966, S. 166 f

3) BVerfGE 46, S. 179

4) Ob Art. 19 Abs. 4 GG vorläufigen Rechtsschutz gerade in Form der einstweiligen Anordnung fordert, oder ob auch andere Ausgestaltungen diesem Grundgesetzartikel genügen, ist hier, wo es allein um die Frage der Verfassungsmäßigkeit geht, nicht zu entscheiden (s. auch unten S. 161 ff)

verfahren als obligatorische Klagevoraussetzung vorsieht, ohne gleichzeitig Zwischenregelungen für die Zeit vor dem Sozialprozeß zu treffen, die gewährleisten, daß unzumutbare und unabänderliche Nachteile in diesem Zeitraum durch Richterspruch abgewendet werden können ^{1) 2)}.

2. Unvollständigkeit der Vorschriften des Sozialgerichtsgesetzes über einstweilige Anordnungen während des Sozialprozesses

Ob und inwieweit die im Sozialgerichtsgesetz bereits vorhandenen Bestimmungen über einstweilige Anordnungen während des Sozialprozesses vollständig oder aber lückenhaft sind, ist im Wege der Auslegung dieser Normen festzustellen. Hierbei ist unter Anknüpfung an den Sprachgebrauch mit der Interpretation des Wortlauts, dessen noch möglicher Bedeutungsgehalt bzw. (Wort-) Sinn gleichzeitig die Grenze der Auslegung beschreibt, zu beginnen ³⁾. Als mögliche Anwendungsfälle werden Sachverhaltstypen herangezogen, mit denen sich die Rechtsprechung bereits beschäftigt hat ⁴⁾. Dabei läßt sich auch hier zwanglos zwischen Begehren unterscheiden ⁵⁾, die auf die Anordnung ge-

1) Diese Konsequenz zieht das LSG Hamburg in seinem mit der Verfassungsbeschwerde angegriffenen Beschluß nicht, s. BVerfGE 46, S. 172

2) Im Hinblick auf das in Art. 100 GG normierte Verwerfungsmonopol der Verfassungsgerichte wäre in entsprechenden Fällen von den Gerichten ein Vorlagebeschluß zu fertigen, da hierdurch verhindert werden soll, daß sich die Fachgerichte über den objektivierten Willen des Gesetzgebers aufgrund verfassungsrechtlicher Bedenken hinwegsetzen: vgl. v. Mutius, VerwArch 1977, S.306; Schuwerack, JA 1978.,S.181 u. 340

3) so schon BVerfGE 1, 299 (312); Larenz, Methodenlehre, S. 304 f., 311, 355

4) s. 3. Teil IV und VI

5) Vgl. hierzu auch Teplitzky, JuS 1980, S. 884; der als weiteren Anwendungsfall der sog. Leistungsverfügung im Zivilprozeß, die Herausgabe von Sachen nennt. Diese Variante taucht in der Sozialgerichtsbarkeit, soweit ersichtlich, nicht auf.

richtet sind, die betreffende Behörde zu verpflichten,

- Geld- ¹⁾ oder sonstige vermögenswerte Leistungen (Sach- bzw. Dienstleistungen ²⁾) zu erbringen,
- Erlaubnisse oder Genehmigungen zu erteilen ³⁾ sowie
- Handlungen vorzunehmen ⁴⁾, zu dulden oder zu unterlassen ⁵⁾.

Zunächst ist jedoch zu untersuchen, ob alle Vorschriften, die in der Arbeit vorgestellt wurden und vorläufigen Rechtsschutz geben, in die folgende Prüfung einzubeziehen oder einige hiervon auszunehmen sind, weil sie von vornherein auf die vorgenannten Fälle, in denen möglicherweise ein Bedürfnis nach einstweiligen Anordnungen besteht, nicht "passen" ⁶⁾.

2.1. Die formellen und materiellen Gemeinsamkeiten von aufschiebender Wirkung und einstweiliger Anordnung

Eine Berücksichtigung der Vorschriften über die aufschiebende Wirkung bzw. die Aussetzung des Voll-

-
- 1) Bayr. LSG, ZfS 1967, S. 141 f - Zahlung einer Waisenrente -; LSG Rh.-Pf., Breithaupt 1979, S. 89 - Zahlung von Förderungsleistungen nach dem AFG -
 - 2) hierzu s. Marburger, BlSt SozArbR 1980, S. 182 ff
 - 3) LSG Baden-Württemberg, NJW 1978, S. 727 u. LSG Darmstadt, NJW 1981, S. 543 - Erteilung einer Arbeitserlaubnis -
 - 4) z.B. presserechtliche Gegendarstellung, s. Tep-litzky, JuS 1980, S. 885
 - 5) LSG Baden-Württemberg, Breithaupt 1961, S. 96 - Verbot der Ausübung von Funktionen eines gesetzlichen Krankenversicherungsträgers -; LSG Essen, MDR 1964, S. 542 - Verbot des Verkaufs von Feinbrillen -; Bayr. LSG, Breithaupt 1977, S. 947 - Verbot gewisse Behauptungen aufzustellen und zu verbreiten.
 - 6) Soweit auch v. Mutius, VerwArch 1979, S. 370, der diesen Gedanken jedoch nicht fortführt

zugs bei der Auslegung und damit bei der Beantwortung der Frage, ob das Sozialgerichtsgesetz eine Lücke aufweist, ¹⁾ soweit einstweilige Anordnungen nicht erlassen werden können, setzt voraus, daß dem Sozialgerichtsgesetz hinsichtlich beider Formen vorläufigen Rechtsschutzes ein einheitlicher gesetzgeberischer Plan zu Grunde liegt.

Funktional besteht die Gemeinsamkeit beider Rechtsschutztypen - wie schon erwähnt ²⁾ - darin, daß das behauptete Recht des Betroffenen nicht durch die Schaffung vollendeter Tatsachen illusorisch gemacht wird.

Es ist jedoch zweifelhaft, ob - untersucht man die Vorschriften, die einen Aufschub oder eine Aussetzung anordnen, weiter auf ihre Homogenität - darüberhinaus noch von einer einheitlichen Regelungsabsicht gesprochen werden kann. Gesetzestechnisch sind die Voraussetzungen der aufschiebenden Wirkung - im Gegensatz zum eher generalklauselartig ausgestalteten § 130 S. 2 - in Fallgruppen gefaßt, die seit Inkrafttreten des Sozialgerichtsgesetzes durch weitere Tatbestände ergänzt wurden ³⁾.

Richtet man seinen Blick auf die vom Gesetzgeber mit den einzelnen Absätzen, Ziffern und Alternativen von §§ 86 Abs. 2 - 4, 97 verfolgten Zwecke, so ergibt sich folgendes:

- keine Auflösung von bestehenden Versicherungsverhältnissen vor rechtskräftigem Urteil: §§ 86 Abs. 2, 2. Alt. ⁴⁾

1) Lücke wird damit verstanden als "planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes" s. Larenz, Methodenlehre, S. 358 f

2) s.o.S. 6

3) z.B. § 97 Abs. 1 Nr. 4 durch das GKAR v. 17.8.1955 (BGBl I S. 513); § 97 Abs. 1 Nr. 5 durch das 7. ÄndGS VwG v. 3.8.1967 (BGBl I S. 845 f); § 86 Abs. 3 mit Gesetz v. 10.08.1954 (BGBl I S. 239)

4) Plagemann, Rechtsschutz, Anm. 6

- kein Eingriff in die laufende Unterhaltssicherung vor endgültiger Entscheidung: §§ 86 Abs. 2, 1., 2. und 3. Alt. und Abs. 3 sowie 4; 97 Abs. 1 Nr. 1 und 2, Abs. 2 ¹⁾
- kein Verbot der Berufsausübung durch Entziehung der Zulassung zur kassenärztlichen Tätigkeit vor rechtskräftiger Entscheidung, da laufender Leistung gleichzusetzen: § 97 Abs. 1 Nr. 4, Abs. 3 ²⁾
- nichtiger Verwaltungsakt soll aus rechtsstaatlichen Gründen vor einer endgültigen Entscheidung nicht befolgt werden müssen: § 97 Abs. 1 Nr. 3 ³⁾
- Interesse an der Kontinuität der Amtsführung: § 97 Abs. 1 Nr. 5, Abs. 4 ⁴⁾.

Mit der aufschiebenden Wirkung und der Aussetzung der Vollziehung gem. §§ 86, 97 SGG wird also überwiegend das Ziel verfolgt, vorschnelle Eingriffe, die für den Unterhalt des Betroffenen mit einschneidenden wirtschaftlichen Folgen verbunden sind, zu verhindern. Jedoch ist damit der sachliche Geltungsbereich der aufschiebenden Wirkung nicht vollständig beschrieben, da - wie insbesondere bei § 97 Abs. 1 Nr. 3 - 6 aufgezeigt wurde, die ratio legis der verschiedenen Absätze und Alternativen durchaus recht unterschiedlich ist. Das Sozialgerichtsgesetz geht somit nicht von einer einheitlichen Konzeption der aufschiebenden Wirkung und der Aussetzung des Vollzuges aus.

1) Meyer-Ladewig, SGG, § 86 Anm. 4 u. § 97 Anm. 4, 5; Miesbach/ Ankenbrank, SGG, § 86, Anm. 5, § 97 Anm. 5

2) Miesbach/Ankenbrank, SGG, § 97 Anm. 8

3) Schieren/Beuster, SGG, § 97 Anm. 2

4) Plagemann, Rechtsschutz, Anm. 74

Allerdings könnte das Ziel der §§ 86 Abs. 2 - 4 und 97 SGG in gewissen Bereichen mit den im Sozialgerichtsgesetz geregelten Fällen einstweiliger Anordnung kongruent sein, so daß insoweit von einer einheitlichen Regelungsabsicht des Gesetzgebers auszugehen wäre. Den Vorschriften des Sozialgerichtsgesetzes über die einstweilige Anordnung liegen folgende Überlegungen zugrunde:

- Fürsorgemaßnahme, um den Unterhalt während der Zeit, die für die Rentenberechnung benötigt wird, nicht zu gefährden: § 130 S. 2 ¹⁾ ²⁾.
- Verhinderung von wirtschaftlichen Nachteilen, insbesondere für den Unterhalt, durch Kompetenzkonflikt, bei Wiederaufnahme aus Gründen der Rechtssicherheit bzw. bei Zuständigkeitsstreit im Verwaltungsverfahren: §§ 180 Abs. 6, 181 S. 2 ³⁾.

Es ist also festzustellen, daß gewisse Vorschriften, die eine aufschiebende Wirkung anordnen, nämlich §§ 86 Abs. 2, 1., 2. und 3. Alt. sowie Abs. 3 und 4; 97 Abs. 1 Nr. 1 und 2 Abs. 2, ebenso wie einstweilige Anordnungen nach § 130 S. 2 und gem. §§ 180 Abs. 6, 181 S. 2 (zumindest auch) dazu dienen, den Unterhalt desjenigen, der von Sozialleistungen abhängig ist, vorläufig (weiter) sicherzustellen bzw. nicht zu gefährden. Dieselbe Funktion hat ferner

-
- 1) Plagemann, Rechtsschutz, Anm. 201; Miesbach/Ankenbrank, SGG, § 130 Anm. 3
 - 2) so auch für § 42 SGB-AT-, s. amtl. Begründung zu § 42 SGB-AT-, BT-Drucks. 7/868, S. 2
 - 3) Plagemann, Rechtsschutz, Anm. 218 u. 220; das Pendant auf materiell-rechtlicher Ebene zu §§ 180 Abs. 6, 181 S. 2 ist § 43 SGB-AT-

die aufschiebende Wirkung in Zulassungssachen gem. § 97 Abs. 1 Nr. 4 Abs. 3, da die Ausübung einer Kassenpraxis der Erzielung von Einkünften dient und daher einer laufenden Leistung gleichzusetzen ist ¹⁾.

Die Vorschriften, die eine aufschiebende Wirkung bzw. die Aussetzung des Vollzugs aus Gründen der Unterhaltssicherung vorsehen, könnten jedoch deshalb von der Untersuchung auszunehmen sein, weil die §§ 130 S. 2, 180 Abs. 6, 181 S. 2, wie einstweilige Anordnungen in der Regel dadurch gekennzeichnet sind, daß eine Rechtsstellung vorläufig erweitert werden soll ²⁾. Dagegen verhindert der Suspensiveffekt, zumindest grundsätzlich, einstweilen, d.h. vor einer abschließenden gerichtlichen Prüfung der Rechtmäßigkeit des Eingriffs, die Beeinträchtigung einer bereits bestehenden Rechtsposition ³⁾, wie z.B. durch die Entziehung oder die Rückforderung laufender bzw. bereits ausbezahlter Leistungen ⁴⁾.

Daß diese Betrachtungsweise das Verhältnis zwischen den beiden Formen vorläufigen Rechtsschutzes nur unzureichend beschreibt und im Grunde zu einer sachlich nicht gerechtfertigten Differenzierung führt, ergibt sich jedoch schon daraus, daß beispielsweise die einstweilige Anordnung und nicht die aufschiebende Wirkung eingreift, wenn Eingriffe abgewehrt werden sollen, die nicht durch Verwaltungsakt erfolgen.

1) BSGE 1, S. 36

2) Wieseler, Vorläufiger Rechtsschutz, S. 171, Leipold, Grundlagen, S.38: Erwerbs- und Angriffscharakter

3) Wieseler, Vorläufiger Rechtsschutz, S. 31; Quaritsch, VerwArch 1960, S. 230; Meyer-Ladewig, SGG, § 97 Anm. 3, 20

4) vgl. §§ 86 Abs. 2, 3; 97 Abs. 1 Nr. 1, 2 u. Abs. 2

Dort geht es meist um vorläufigen Rechtsschutz vor schlicht hoheitlichem Handeln ¹⁾ oder vor einer drohenden Verletzung eines subjektiven öffentlichen Rechts durch Dritte ²⁾. Desweiteren soll die einstweilige Anordnung der Sicherung der Verwirklichung eines Rechts, auf dessen Einräumung der Antragsteller einen Rechtsanspruch geltend macht, dienen und gibt daher ebenso wie die aufschiebende Wirkung gleichermaßen Schutz gegen die Beeinträchtigung eines subjektiven öffentlichen Rechts ³⁾.

Somit tritt die einstweilige Anordnung insoweit "an die Stelle der - begrifflich ausgeschlossenen - aufschiebenden Wirkung" und kann höchstens immer nur das gewähren, "was sich aus der aufschiebenden Wirkung eines Rechtsbehelfs ergäbe" ⁴⁾.

Daher sind die Normen, die aus Gründen der Unterhaltssicherung eine aufschiebende Wirkung anordnen, wegen ihrer Kongruenz zu §§ 130 S. 2, 180 Abs. 6, 181 S. 2 mit in die weitere Untersuchung einzubeziehen ⁵⁾.

-
- 1) Wieseler, Vorläufiger Rechtsschutz, S. 172; ferner LSG Baden-Württemberg, Breithaupt 1961, S. 96; LSG Essen, MDR 1964, S. 542; Bayr. LSG, Breithaupt 1977, S. 947 (s.o.S. 100ff); VGH München, Bay.VBl 1977, S. 17
 - 2) VGH Hamburg, NJW 1978, S. 1395: vorläufiger Rechtsschutz gegen Vorlesungsboykott an Hochschulen
 - 3) Wieseler, Vorläufiger Rechtsschutz, S. 171; Redeker/v. Oertzen, VwGO, 123, Anm. 1
 - 4) Eyermann/Fröhler, VwGO, § 123 Anm. 11; ferner De Clerck, NJW 1956, S. 1337, der darauf hinweist, daß § 64 VGG RhPf sowie § 30 BVerwGG seinerzeit sowohl für Anfechtungs- als auch bei Vornahmesachen Anwendung fanden; ferner Quaritsch, VerwArch 1960, S. 220 ff: "Das beiden Rechtsschutzformen eigene Element der Vorläufigkeit läßt eine gemeinsame institutionelle Wurzel vermuten."
 - 5) vgl. Haueisen, NJW 1965, S. 1683, der daraufhinweist, daß vorläufiger Rechtsschutz in Form der einstweiligen Anordnung und Aussetzung der Vollziehung funktional gleichgerichtet sind; ferner Plagemann, Rechtsschutz, Anm. 243; ferner Koordinierungsausschuß, Entwurf, S. 321, wo darauf hingewiesen wird, daß wegen der engen Verwandtschaft bei der Rechtsschutzformen diese de lege ferenda in einem Abschnitt zusammengefaßt werden; s.a. BVerfG NJW 1980, S. 35 ff

2.2. Lückenhaftigkeit der Vorschriften des Sozialgerichtsgesetzes über die einstweilige Anordnung während des Sozialprozesses

2.2.1. Der Anwendungsbereich im Sozialgerichtsgesetz geregelter einstweiliger Anordnungen: Auslegung der §§ 130 S. 2, 180 Abs. 6, 181 S. 2 SGG

Der Anwendungsbereich von §§ 130 S. 2, 180 Abs. 6, 181 S. 2 SGG läßt sich am besten durch eine Subsumtion der drei Hauptfallgruppen einstweiliger Anordnungen,

- Verpflichtung zur vorläufigen Gewährung vermögenswerter Leistungen,
- Verurteilung zur vorläufigen Erteilung von Erlaubnissen und Genehmigungen

sowie

- zu tatsächlichen Handlungen oder Unterlassungen feststellen ¹⁾.

Für vorläufige Geldleistungen ist zunächst die Anordnung gemäß § 130 S. 2 SGG und ferner bei Vorliegen eines negativen oder positiven Leistungskonflikts gem. § 180 Abs. 1 Nr. 1 u. 2 eine solche nach §§ 180 Abs. 6, 181 S. 2 SGG in Betracht zu ziehen. Zur einstweiligen Sicherung bzw. Durchsetzung von anderen als auf Geld gerichteten Ansprüchen, also auf Erteilung von Genehmigungen oder Erlaubnissen und auf Handlungen oder Unterlassungen, scheidet

1) S.O.S. 118, 142

§ 130 S. 2 SGG von vornherein aus. Einer Entlastung des Gerichts von etwaigen Feststellungen über die Höhe des Anspruchs bedarf es hier in aller Regel auch nicht, da die bei Versicherungsleistungen und Rentenzahlungen typischen Schwierigkeiten in der Berechnung der Anspruchshöhe nicht auftreten ¹⁾. Einstweilige Anordnungen nach §§ 180 Abs. 6, 181 S. 2 SGG, durch die ein Versicherungsträger oder in der Kriegsopferversorgung ein Land zu vorläufigen Leistungen verpflichtet wird, gehen insbesondere in der Renten- und Unfallversicherung regelmäßig auf Geldzahlungen, während in der Krankenversicherung ²⁾ Sachleistungen überwiegen ³⁾. Selbst wenn man die Erteilung von Erlaubnissen und Genehmigungen sowie die Vornahme rein tatsächlicher Handlungen und Unterlassungen auch als Leistung i.S.v. §§ 180 Abs. 6, 181 S. 2 SGG ansehen wollte, bliebe der Anwendungsbereich der Vorschriften gleichwohl auf die relativ seltenen Fälle ⁴⁾ der Gefahr widersprechender und unvereinbarer Entscheidungen beschränkt.

Die Fälle, in denen es um die vorläufige Zulassung als Kassenarzt, die Genehmigung zur Errichtung einer Innungskrankenkasse ⁵⁾, die Erteilung einer Arbeitserlaubnis ⁶⁾, um vorläufige Zahlungen von Waisenrente ⁷⁾ oder Förderungsleistungen nach dem AFG ⁸⁾ oder gar um das einstweilige Verbot

1) vgl. Meyer-Ladewig, SGG, § 130 Anm. 1

2) vgl. § 21 Abs. 1 SGB I

3) Marburger, BlStSozArbR 1980, S. 182 f; Jäger, Sozialversicherungsrecht, S. 31; Schmidt, SGB 1980, S. 515

4) Meyer-Ladewig, a.a.O., § 180 Anm. 1 und § 181 Anm. 1

5) LSG Baden-Württemberg, Breithaupt 1961, S. 96

6) LSG Baden-Württemberg, NJW 1978, S. 727; LSG Darmstadt, NJW 1981, S. 543

7) Bayr. LSG, ZfS 1967, S. 141 f

8) LSG Rh.-Pf., Breithaupt 1979, S. 89

geht, gewisse Handlungen vorzunehmen, zu dulden oder zu unterlassen ¹⁾, werden also von den §§ 130 S. 2, 180 Abs. 6, 181 S. 2 SGG nicht erfaßt.

2.2.2. Die lückenhafte Regelung der einstweiligen Anordnung im Sozialprozeß gemessen am gesetzgeberischen Plan des Sozialgerichtsgesetzes mit Blick auf die anderen Prozeßordnungen

Es konnte festgestellt werden, daß die Mehrzahl der Vorschriften über die aufschiebende Wirkung ebenso wie die einstweiligen Anordnungen nach dem Sozialgerichtsgesetz dazu bestimmt sind, den Unterhalt desjenigen, der von Sozialleistungen abhängig ist, vorläufig (weiter) sicherzustellen bzw. nicht zu gefährden und daher regelmäßig ²⁾ auf die Erbringung von vermögenswerten Leistungen, insbesondere auf Geldzahlungen, gehen ³⁾.

Typischerweise fehlt es aber gegenüber Hoheitspersonen oder öffentlich-rechtlichen Leistungsträgern bei der Sicherung von Geldforderungen ⁴⁾, die ohne ⁵⁾ oder aber, was in aller Regel der Fall sein dürfte, aufgrund eines Verwaltungsaktes ⁶⁾ gewährt werden, an einem Anordnungsgrund. Die Gefahr, daß der Anspruch vor seiner Verwirklichung wegen des Verhaltens des Schuldners vereitelt oder wesentlich erschwert wird, besteht nämlich wegen der

1) LSG Essen, MDR 1964, S. 542; Bayr. LSG, Breithaupt 1977, S. 947

2) Ausnahme: Aufhebung einer Entscheidung in Zulassungssachen

3) s.o.S. 145 f

4) z. B. Wohngeld: § 26 SGB-AT-; Zuschüsse und Darlehen zur Ausbildungsförderung: § 18 SGB-AT-; Geldleistungen im Rahmen der Arbeitsförderung: § 19 Abs. 1 Nr. 3-5 SGB-AT-; Renten aus der gesetzlichen Unfallversicherung: § 22 SGB-AT-;

5) vgl. Krause, NJW 1979, S. 1012

6) Es kann sich dabei um Dauerverwaltungsakte, sich wiederholende oder aber um einen einmaligen Bescheid handeln.

grundsätzlichen Bonität und Liquidität der öffentlichen Hand nicht ¹⁾. Daher kennt die Verwaltungsgerichtsordnung auch keinen Arrest ²⁾. Gleiches gilt für die Sozialgerichtsbarkeit und somit heißt es folgerichtig in der Begründung zu § 198 Abs. 2 SGG: "... Der Arrest kann in der Sozialgerichtsbarkeit nicht vorkommen." ³⁾

Dementsprechend bedarf es auch für die im Vergleich zu den Geldleistungen im Sozialrecht nicht weniger bedeutsamen Sach- ⁴⁾ und Dienstleistungen ⁵⁾ einer Sicherung, wie sie beispielsweise bei Ansprüchen gegen Privatpersonen notwendig werden kann ⁶⁾, nicht ⁷⁾.

- 1) Wieseler, Vorläufiger Rechtsschutz, S. 177 f
- 2) Eyermann/Fröhler, VwGO, § 123 Anm. 1; Ule, Verwaltungsprozeßrecht, § 67 I 1; Rambeck, NJW 1961, S. 1333; a.A. Redeker/v.Oertzen, VwGO, § 123 Anm. 5; Kopp, VwGO, § 123 Anm. 7; Schunck/De Clerck, VwGO, § 123 Anm. 1: Zwar kein Arrest, aber Sicherung von Geldforderungen möglich; für den Finanzprozeß s. Ziemer u.a., FGO, § 114 Anm. 4
- 3) BT-Drucks. I, Nr. 4357, S. 34
- 4) z.B. Leistungen nach § 29 Abs. 1 Nr. 1 SGB-AT
- 5) Berufs-, Arbeitsberatung und -vermittlung gem. § 19 SGB-AT
- 6) s. die Beispiele bei Teplitzky, JuS 1980, S. 884
- 7) Einstweilige Anordnungen zur Sicherung eines Individualanspruchs kommen in der allgemeinen Verwaltungsgerichtsbarkeit jedoch in Betracht bei:
 - Ansprüchen auf Herausgabe und Übertragung bestimmter Gegenstände;
 - Unterlassung von nicht mehr ohne weiteres rückgängig zu machenden Eingriffen, die nicht durch Verwaltungsakt erfolgen;
 - Bei gewissen Verpflichtungsklagen, z.B. Konkurrenten- oder Bewerberklagen (Beförderung oder Einstellung bzw. Vergabe in eine (Beamten-)stelle oder eines Studienplatzes; Nachweise s. Kopp, VwGO, § 123 Anm. 7

Besteht also für die Sicherungsanordnung, jedenfalls im vom Sozialprozeß erfaßten Leistungsreich des Sozialrechts, schon von vorneherein keine Notwendigkeit, so könnte doch ein Bedürfnis zum Erlaß sog. Regelungsanordnungen ¹⁾ existieren. Bei dieser Form der einstweiligen Anordnung geht es in der Verwaltungsgerichtsbarkeit typischerweise um Zwischenregelungen zur Sicherung des Rechtsfriedens bis zur Entscheidung über das streitige Rechtsverhältnis in der Hauptsache ²⁾. Ein dem Antrag stattgebender Beschluß hat allerdings der Vorläufigkeit dieses summarischen Erkenntnisverfahrens Rechnung zu tragen und darf somit die Hauptsachentscheidung (grundsätzlich) nicht vorwegnehmen ³⁾. Schwierigkeiten ergeben sich daher, wenn der Antragsteller, der auf diesem Weg erstmals Sozialleistungen beansprucht, auch in einem Hauptverfahren aufgrund eines entsprechenden Urteils diese Position oder Leistung erst (neu) gewinnen müßte ⁴⁾. Würde man den zuständigen Leistungsträger durch einen im Wege der einstweiligen Anordnung ergehenden Beschluß verpflichten wollen ⁵⁾, den begehrten (vorläufigen) Verwaltungsakt zu erlassen, auf dessen Grundlage die beanspruchten Geld-, Sach- oder Dienstleistungen sodann geleistet werden, so wäre der

1) Entspricht den sog. Regelungsverfügungen im Bereich der Zivilgerichtsbarkeit; vgl. Thomas/Putzo, ZPO, § 940 Anm. 1; Teplitzky, JuS 1980, S. 884

2) statt aller Kopp, VwGO, § 123 Anm. 8; für das Zivilgerichtsverfahren vgl. Baumbach/Lauterbach, ZPO, § 940 Anm. 1

3) Redeker/v.Oertzen, VwGO, § 123 Anm. 11; VGH München, Bay.VBl 1972, S. 16; VGH Kassel, VerwRspr. 25, S. 943 u. 1022; Schmidt, SGB 1980, S. 513

4) Rohmeyer, Rechtsnatur, S. 63 f bezeichnet diese Konstellation als für den Sozialprozeß typisch.

5) so die Bedenken von Spielmeier, SGB 1963, S. 189 sowie des Bayr. LSG, ZfS 1967, S. 142 gegen die Zulässigkeit einstweiliger Anordnungen im Sozialprozeß.

geltend gemachte Anspruch, und wenn auch nur auf beschränkte Zeit und unter Vorbehalt einer Entscheidung in der Hauptsache, befriedigt ¹⁾.

Die Zivilgerichte ²⁾, aber auch die Verwaltungs-³⁾ und Finanzgerichte ⁴⁾, haben jedoch - inzwischen allgemein anerkannt - im Wege der Rechtsfortbildung ⁵⁾ gewisse Fallgruppen herausgearbeitet, in denen ausnahmsweise die Vorwegnahme der Hauptsacheentschei-

-
- 1) Für den Bereich der allgemeinen Verwaltungsgerichtsbarkeit: zurückhaltend Eyermann/Eröhler, VwGO, § 123 Anm. 12; für seltene Ausnahmefälle: Tschira/Schmitt Glaeser, Prozeßrecht, S. 200, aber unter keinen Umständen dann, wenn es sich um Entscheidungen handelt, "die ihrem Wesen nach nur endgültig erlassen werden können." (Einbürgerung); vgl. aber v. Mutius, VerwArch, 1977, S. 197
 - 2) Teplitzky, JuS 1980, S. 884 m.w.N.
 - 3) Kopp, VwGO, § 123 Anm. 14 m.w.N.* zur geschichtlichen Entwicklung s. Rohmeyer, Rechtsnatur, S. 58, der darauf hinweist, daß die Verwaltungsgerichte die Statthaftigkeit der Leistungsanordnungen im Verwaltungsprozeß zunächst nur auf dem Gebiet des Beamtenrechts und zwar deshalb anerkannten, weil im Zuge der Neugestaltung des Beamtenrechts für Streitigkeiten aus den Beamtenverhältnissen nicht mehr wie früher der Zivilrechtsweg mit den §§ 935, 940 ZPO und den hier schon seinerzeit für zulässig erachteten Leistungsverfügungen, sondern der Verwaltungsrechtsweg eröffnet war; s. hierzu auch DeClerck NJW 1956, S. 1339
 - 4) s. die Nachweise bei Ziemer u.a., FGO, § 114 Anm. 20; Brockhoff-Groh, RK-FGO, § 114 Anm. A 3a; Gräber, FGO, § 114 Anm. 6
 - 5) Grunsky, in Stein/Jonas, ZPO, Vorb. § 935 Anm. IV 1; differenzierend Jauernig, ZZP 79, S. 331 ff, der nur dann in der Leistungsverfügung eine über das Gesetz hinausgehende Rechtsfortbildung sieht, wenn bei ihrem Wegfall der frühere Zustand nicht automatisch wieder hergestellt ist, sondern eines actus contrarius bedarf (Rückzahlung der Geldleistung)

dung, also die vorläufige Befriedigung des geltend gemachten Anspruchs, zulässig sein soll. (Leistungsverfügung ¹⁾ bzw. -anordnung ²⁾)

Diese Typen wurden von der Rechtsprechung der Verwaltungs- aber auch der Zivilgerichte aus der praktischen Notwendigkeit heraus entwickelt, unzumutbare anders nicht abwendbare Nachteile vom Antragsteller abzuwenden ³⁾ bzw. "einem bestehenden Notstand abzuhelpen und einem künftigen vorzubeugen" ^{4) 5)}.

Eine der von der Rechtsprechung herausgearbeiteten Fallgruppen, die zumindest im Hinblick auf den Zivilprozeß ihr positiv geregeltes Vorbild in den § 1615o BGB, §§ 127a, 620 Nr. 4, 6 und 9, 641 d ZPO hat ⁶⁾, ist die sog. (Geld-)Leistungsanordnung bzw. -verfügung, die dann ergeht, wenn die vorläufige Erfüllung zur Behebung akuter Notlagen (Befriedigung des Lebensbedarfs, Abwendung von Gesundheits- oder schweren Vermögensschäden u.ä.) erforderlich ist ⁷⁾.

- 1) Jauernig, a.a.O., S. 321; Baur, Studien, S. 57
- 2) Zur Entwicklung der Leistungsanordnung s. Rohmeyer, Rechtsnatur, S. 28 ff
- 3) statt aller Kopp, VwGO, § 123, Anm. 13 m.w.N.; sowie Schmidt, SGB 1980, S. 513 f
- 4) Baumbach/Lauterbach, ZPO, Grundz. § 916 Anm. 2 B
- 5) für die Finanzgerichtsordnung:
Gräber, a.a.O., ebenda: "..., wenn Rechtsschutz auf andere Weise nicht zu erlangen ist und die Versagung vorläufigen Rechtsschutzes zu unerträglichen Folgen für den Antragsteller führen würde.
- 6) Teplitzky, a.a.O., S. 884; weitere Vorschriften ähnlicher Art sind § 11a GebrMG, § 61 S. 2 UrhG, § 25 UWG
- 7) Grunsky in Stein/Jonas, ZPO, Vorb. § 935 Anm. 2 a, b, c; Baumbach/Lauterbach, ZPO, § 940 Anm. 3 B; Redeker/v. Oertzen, VwGO, § 123 Anm. 14; VGH Mannheim, FamRZ 1975, S. 518 u. 1976, S. 718; ESVGH 11, S. 10

Bemerkenswert ist also, daß gewisse Vorschriften des Sozialgerichtsgesetzes über den vorläufigen Rechtsschutz ebenso wie diese von der Rechtsprechung der verschiedensten Verfahrensordnungen herausgebildete Fallgruppe dazu dienen, den notwendigen Lebensbedarf bzw. -unterhalt des Antragstellers sicherzustellen ¹⁾.

Wenn aber ein bestimmter Rechtsgedanke, der sich in anderen modernen Gerichtsordnungen, die dafür teilweise noch nicht einmal einen positiv-rechtlichen Anhaltspunkt geben (FGO, VWGO), allgemein durchgesetzt hat, im Sozialgerichtsgesetz die Ausprägung des vorläufigen Rechtsschutzes weitgehend bestimmt, also bereits im gesetzgeberischen Plan angelegt ist, so ist nicht einzusehen, daß er gerade hier auf die bereits normierten Fälle beschränkt bleiben soll ²⁾. Somit bedarf die vom Gesetzgeber des Sozialgerichtsgesetzes nur unvollständig zum Ausdruck gebrachte Wertung - prozeßrechtliche Absicherung des Unterhalts des von Sozialleistungen Abhängigen - einer Realisierung über die im Sozialgerichtsgesetz geregelten Tatbestände hinaus, da deren Konzeption eine überkommene Vorstellung vom vorläufigen Rechtsschutz zugrunde liegt, die in anderen vergleichbaren Prozeßordnungen längst aufgegeben

- 1) so auch Rohmeyer, Rechtsnatur, S. 167 zu den Tatbestandsvoraussetzungen der Leistungsanordnung. Der Autor weist ferner, a.a.O., S. 32 auf den sozialen Schutzgedanken der Leistungsanordnung hin, bei der es sich vielfach um wirtschaftlich schwächere Personen (als der Antragsgegner) handelt, die auf laufende (Geld-)Leistungen angewiesen sind.
- 2) a.A. v. Mutius, VerwArch 1979, S. 370, der allerdings ohne nähere Prüfung davon ausgeht, eine analoge Abwendung der Vorschriften des Sozialgerichtsgesetzes sei nicht möglich, da es sich um Ausnahmenvorschriften handle; Hauwien, NJW 1966, S. 81 u. 85 weist daraufhin, daß das Sozialgerichtsgesetz unter den Prozeßordnungen der drei Verwaltungsgerichtsbarkeiten das älteste Prozeßgesetz ist.

ist ¹⁾. In derartigen Fällen wird sogar eine berichtigende bzw. abändernde Gesetzesanwendung als zulässig erachtet ²⁾, so daß auch hier keine Bedenken gegen die Erweiterung bzw. Ergänzung dieser, gemessen an den Notwendigkeiten des Sozialgerichtsverfahrens, unvollständig geregelten Materie bestehen ³⁾. Es würde sogar Befremden auslösen, wenn gerade die Sozialgerichtsbarkeit auf ein Institut verzichten müßte, das dazu bestimmt ist, soziale Härten auszuschließen ⁴⁾. Auch das Bundesverfassungsgericht meint ⁵⁾, der Richter müsse sich bei der

-
- 1) vgl. für die Zivilprozeßordnung RGZ 27, S. 429; 36, S. 392; 63, S. 41; s.a. Wannagat, Rechtsfortbildung, S. 20, der darauf aufmerksam macht, daß gerade das Sozialrecht ein "law in action" ist, bei dem sich der Gesetzgeber seit jeher bewußt gewesen sei, daß es ihm nicht möglich ist, alle Fälle zu erfassen und daher Rechtsprechung und Verwaltung ein breites Feld bei der Rechtsfortbildung verbleiben müsse; Schumann in Stein/Jonas, ZPO, Einl. I E 6b weist darauf hin, daß eine Auslegung des Prozeßrechts die Forderung nach effektivem Rechtsschutz zu berücksichtigen hat.
 - 2) Schwankhardt, SozVers. 1976, S. 283; BAG in NJW 1955, S. 807; LSG Bremen, Breithaupt 1977, S. 945; BVerfGE 5, S. 85; 34, S. 216 u. S. 231. BSGE 31, S. 106; BSGE 6, S. 204; es handelt sich hier um eine Rechtsfortbildung praeter legem, vgl. Wannagat, Rechtsfortbildung, S. 30
 - 3) Wannagat, SGB 1974, S. 362: "Die Rechtsprechung ist vielfach Wegbereiterin für neue Regelungen und nachschöpferische Gestalterin für Fälle, die der Gesetzgeber bei der getroffenen Regelung nicht in seinem Blickfeld gehabt hat" und "Sie (die Rechtsprechung) orientiert sich entsprechend dem Leitmotiv und den Zielvorstellungen der Sozialgesetzgebung am sozialen Schutzprinzip".
 - 4) vgl. Schwankhardt, SozVers. 1975, S. 253 ff. zum sozialen Element im Sozialgerichtsverfahren; ferner BVerfGE 9, S. 124 ff. sowie Weidner, JZ 1959, S. 624
 - 5) BVerfGE 34, S. 301; ferner BVerfGE 9, S. 349

Ausübung seiner Befugnis zur schöpferischer Rechtsfindung - lediglich - von Willkür freihalten und sich einer rationalen Argumentation bedienen, mit deren Hilfe einsichtig zu machen sei, daß das geschriebene Gesetz seine Funktion, ein Rechtsproblem gerecht zu lösen, nicht erfüllt ¹⁾. Etwas anderes ergibt sich auch dann nicht, wenn man sich auf den Standpunkt stellen wollte, daß es sich bei den einschlägigen Vorschriften des Sozialgerichtsgesetzes um sog. Ausnahmenvorschriften handelt ²⁾. Anerkannt ist, daß selbst solche Normen einer Rechtsfortbildung fähig und bedürftig sind, soweit über gleichgelagerte aber vom Gesetz nicht erfaßte Tatbestände zu entscheiden ist ³⁾.

Daher weist das Sozialgerichtsgesetz, das zumindest nicht weniger als andere Prozeßordnungen diesen Grundsätzen verpflichtet ist ⁴⁾, insoweit eine ausfüllungsbedürftige Lücke auf, wie einstweilige Anordnungen, die über die Verpflichtung zur Gewährung von Geld- oder Sachleistungen entscheiden, nicht vorgesehen sind, obwohl dieselben zur Abwendung von Gefahren für die Existenz des Antragstellers

-
- 1) So ist z.B. eine Reihe von Rechtsinstituten, die im BGB nicht oder nur andeutungsweise enthalten sind, von Rechtsprechung und Lehre entwickelt worden und steht nunmehr als Richterrecht neben dem Wortlaut des Gesetzes, ohne daß es der Gesetzgeber in der Zwischenzeit für nötig befunden hat, diese Rechtssätze zu kodifizieren (c.i.c., Wegfall der Geschäftsgrundlage, Schadensliquidation im Drittinteresse, faktische Verträge); s.auch die Ausführungen des LSG Bremen, Breithaupt 1977, S.945 zur Rechtsfortbildung durch die Sozialgerichte über die Fälle des § 97 SGG hinaus
 - 2) So aber Bayr.LSG, Breithaupt 1965, S. 367; Hess.LSG, Breithaupt, 1961, S.790; Peters/Sautter/Wolff, SGG, § 97 Anm. 7 m.w.N.
 - 3) Larenz, Methodenlehre, S.344; RGZ 113, S.178; BGHZ 26, S.83; BSG SozR Nr. 3 zu § 1244a RVO
 - 4) s.Wannagat, Rechtsfortbildung, S.23, der darauf hinweist, daß im Sozialrecht der Vertrauensschutz vielfach Vorrang gegenüber der materiellen Gerechtigkeit genießt, weil die hier streitigen Leistungen in der Regel die Existenzgrundlage des Bürgers bilden.

notwendig wären. Dem gleichzustellen sind die Fälle, in denen es um die Erteilung von Genehmigungen und Erlaubnissen geht, die es dem Antragsteller ermöglichen, aus eigener Kraft die Grundlage für seine Existenz zu schaffen (z.B. Arbeitserlaubnis, Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung, Zulassung als Kassenarzt) ¹⁾.

Vorschriften, nach denen (sichernde) Regulationsanordnungen erlassen werden können, sieht das Sozialgerichtsgesetz nicht vor. Ein entsprechender - allerdings schwach ausgeprägter - Rechtsgedanke ist höchstens dem § 86 Abs. 2 2. Alt. SGG (keine Auflösung von bestehenden Versicherungsverhältnissen vor rechtskräftigem Urteil ²⁾) und § 97 Abs. 1 Nr. 5, Abs. 4 SGG (Interesse an der Kontinuität der Amtsführung ³⁾) zu entnehmen. Gleichwohl könnte auch im Bereich der Sozialgerichtsbarkeit darüberhinaus die unabweisbare Notwendigkeit bestehen, in Situationen, in denen ein Zustand irreparabel verändert zu werden droht, demjenigen, dessen Recht von der Veränderung betroffen ist, die Möglichkeit einzuräumen, vorläufigen Rechtsschutz zu erhalten. Materiell-rechtliche Zwischenregelungen zur Verhinderung nicht mehr rückgängig zu machender Beeinträchtigungen (vermeintlicher) Rechtspositionen ⁴⁾ hat der Gesetzgeber im Gegensatz zur Erbringung von

1) s. Miesbach/Ankenbrank, SGG, § 97 Anm. 8 zur ratio legis von § 97 Abs. 1 Nr. 4 u. Abs. 3

2) Plagemann, Rechtsschutz, Anm. 6

3) ders., a.a.O., Anm. 74

4) Leipold, ZZP 90, S. 263 f

vorläufigen Leistungen, soweit ersichtlich, auch nicht teilweise vorgesehen. Wenn jedoch durch Handlungen, Unterlassungen und Behauptungen Rechtsverhältnisse (z.B. Versicherungsverhältnisse) in Frage gestellt und beeinträchtigt oder Rechte angemaßt werden ¹⁾, fehlt dem Betroffenen hiergegen jede - vorläufige - prozeßrechtliche Handhabe. Dieses Ergebnis kann nicht mit dem Hinweis auf § 198 Abs. 2 SGG gerechtfertigt werden, da diese Vorschrift erklärtermaßen lediglich die einstweilige Verfügung der Zivilprozeßordnung für den Bereich der Sozialgerichtsbarkeit als nicht statthaft erachtet ²⁾. Der Regelung des Sozialgerichtsgesetzes über den vorläufigen Rechtsschutz kann man darüberhinaus direkt eine Aussage über die Zulässigkeit von (sichernden) Regulationsanordnungen nicht entnehmen. Es ist also ebensogut möglich zu argumentieren, die §§ 97, 130, 180, 181 SGG seien abschließend ³⁾, wie auch, der Gesetzgeber habe eine lückenhafte Regelung getroffen, weil er sich seinerzeit über die Notwendigkeit eines weitergehenden Rechtsschutzes in der Sozialgerichtsbarkeit geirrt habe ⁴⁾. Entsprechend einer zur allgemeinen Verwaltungsgerichtsbarkeit für die Zeit vor Inkrafttreten der Verwaltungsgerichtsordnung vertretenen Meinung könnte man schließlich davon ausgehen, der Gesetzgeber habe insoweit, wie keine ausdrückliche Regelung erfolgt ist, die Ausgestaltung des vorläufigen Rechtsschutzes der

1) s. LSG Baden-Württemberg, Breithaupt 1961, S. 96; LSG Essen MDR 1964, S. 542; Bayr.LSG, Breithaupt 1977, S. 947

2) BVerfGE 46, S. 181 ff; v. Mutius, VerwArch 1979, S. 370; a.A. die früher h.M.: statt aller Zeidler, SchlAnz. 1970, S. 214 f

3) v. Mutius, a.a.O., S. 369 ff

4) BVerfGE 46, S. 183

Rechtsprechung überlassen wollen ¹⁾.

V. Mutius entscheidet sich für die erste Auslegungsmöglichkeit, weil für ihn das Argument, ein dem Gesetzgeber bekanntes Institut, wie die einstweilige Anordnung, sei für den Bereich der Sozialgerichtsbarkeit bewußt ausgeschlossen worden, da VwGO und SGG parallel kodifiziert worden seien ²⁾, ausschlaggebend ist. Dieser Ansicht muß entgegengehalten werden, daß der Gesetzgeber des Sozialgerichtsgesetzes eine Regelung der noch im Entstehungsprozeß befindlichen und fast acht Jahre später verabschiedeten Verwaltungsprozeßordnung unmöglich in seinen Willen hat aufnehmen oder aber ablehnen können, da zu diesem Zeitpunkt noch gar nicht abzu-
sehen war, wie der Gesetzgeber der Verwaltungsgerichtsordnung den vorläufigen Rechtsschutz normieren würde.

Sind aber verschiedene Auslegungsmöglichkeiten denkbar, ist diejenige zu bevorzugen, die einen effektiven Rechtsschutz am wirksamsten zur Entfaltung bringt ³⁾ Daher tritt auch bei der ~~Regelungsanordnung~~ die Problematik einer Rechtsfortbildung contra legem nicht auf ⁴⁾ sondern lediglich die einer Lückenausfüllung.

1) Martin, NJW 1956, S. 1706 f

2) v. Mutius, VerwArch 1979, S. 370

3) BVerfGE 35, S. 280

4) so aber v. Mutius, a.a.O., S. 371 ff; zur Rechtsfortbildung contra legem s. Krey, JZ 1978, S. 361 m.w.N. sowie BVerfGE 20, S. 162 u. 219

II. Die Ergänzung der unvollständigen Regelung über die einstweilige Anordnung

1. Ergibt sich die Zulässigkeit einstweiliger Anordnungen im Sozialgerichtsgesetz unmittelbar aus Art. 19 Abs. 4 GG ?

Das Bundesverfassungsgericht zieht in Betracht, "die Berechtigung der Sozialgerichte zum Erlaß einstweiliger Anordnungen in anderen als den ausdrücklich im Sozialgerichtsgesetz normierten Fällen unmittelbar aus Art. 19 Abs. 4 GG abzuleiten."¹⁾ Bereits früher, vor Inkrafttreten der Verwaltungsgerichtsordnung vom 21. Januar 1960²⁾, als die einstweilige Anordnung des Verwaltungsprozesses eine gesetzliche Regelung nur in § 64 des Landesgesetzes über die Verwaltungsgerichtsbarkeit von Rheinland-Pfalz³⁾ sowie in § 30 BVerwGG⁴⁾ erfahren hatte, und in den übrigen Ländern und Verwaltungsgerichtsverfahren die Statthaftigkeit einstweiliger Anordnungen umstritten war⁵⁾, stützte eine in Rechtsprechung und Literatur vertretene Meinung die Befugnis der Verwaltungsgerichte zum Erlaß einstweiliger Anordnungen unmittelbar auf Art. 19 Abs. 4 GG⁶⁾. Auch heute ziehen gewisse Autoren das Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz allein oder aber in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip⁷⁾ heran, um die Zulässigkeit einst-

1) BVerfGE 46, S. 166 (184); Haueisen, DOK 1966, S. 106 f; ähnlich ferner: Amtliche Begründung zur VwGO, BT-Drucksache, 3. Wahlperiode, Nr. 55, S. 44; Obermayer, Gedächtnisschrift H. Peters, S. 877 f; Brändel, BB 1965, S. 615 zur Abgabeordnung vor dem Inkrafttreten der neuen Finanzgerichtsordnung; ausdrücklich a.A. BFH, NJW 1965, S. 1682 ff

2) BGBl. I S. 17

3) v. 14.04.1950, GVBl S. 103

4) Gesetz über das Bundesverwaltungsgericht vom 23.09.52, BGBl I S. 625

5) s. hierzu ausführlich Wieseler, Vorläufiger Rechtsschutz, S. 165 ff.

6) OVG Lüneburg, DÖV 1958, S. 231 ff; für die Vornahmeklage OVG Münster, ZBR 1955, S. 283

7) vgl. BVerfG in DVBl 1980, S. 877

weiliger Anordnungen über die im Sozialgerichts-gesetz geregelten Fälle hinaus zu begründen ¹⁾.

Es ist jedoch fraglich, ob Art. 19 Abs. 4 GG vorläufigen Rechtsschutz gerade in Form von einstweiligen Anordnungen - also auch bei Vornahmesachen ²⁾ - gewährleistet. So führte beispielsweise das LVG Düsseldorf bereits zur MRVO 165 aus, daß die Art des zu gewährenden gerichtlichen Rechtsschutzes in Art. 19 Abs. 4 GG nicht bestimmt sei. Ein verfassungsrechtlicher Grundsatz, nach dem dieser Rechtsschutz auch die Möglichkeit vorläufiger Anordnungen, wie beispielsweise die Aussetzung der Vollziehung von Verwaltungsakten umfassen müsse, lasse sich jedenfalls für die Fälle, in denen der streitige Verwaltungsakt nur einen bereits bestehenden Zustand aufrechterhalte (ablehnender Verwaltungsakt bei erstmaligem Leistungsbegehren) nicht erkennen ³⁾.

Wenn Art. 19 Abs. 4 GG, wie zweifellos feststeht, nicht nur den Zugang zu den Gerichten, sondern auch die Effektivität des Rechtsschutzes ⁴⁾ verbürgt, ist damit natürlich noch keine Aussage darüber getroffen, wie diese Gewährleistung zu erfolgen hat. Es wäre auch bedenklich, gewisse verfahrensrechtliche Ausgestaltungen, die ihrerseits die Wirksamkeit des Rechtsschutzes erst herbeiführen sollen, mit in den Schutzbereich von Art. 19 Abs. 4 GG einbeziehen zu wollen. Anderenfalls hätte der einfache Gesetzgeber bei Erlass oder bei der Novel-

1) Meyer-Ladewig, SGB 1977, S. 333; Plagemann, Rechtsschutz, S. 121 f; Freitag SGB 1979, S. 7; so auch Haueisen, NJW 1965, S. 1682 f. Anm. zu BFH, Beschluß v.9.2.1965; ders. DOK 1966, S. 166 f; Rohwer/Kahlmann, SGG, § 97 Anm. 4 ff

2) vgl. OVG Lüneburg, DÖV 1958, S. 231 ff; s. ferner Bayr. LSG, ZfS 1967, S. 142

3) LVG Düsseldorf, DÖV 1957, S. 507; im Hinblick auf den Verwaltungsprozeß a.A. BVerwGE 1, S. 11 u. 16 S. 289; ferner Ruckdäschel, DÖV 1961, S. 676 m.w.N.

4) BVerfGE 35, S. 274 sowie S. 401

lierung von Prozeßordnungen kaum Gestaltungsspielraum, da dann nicht nur das "ob", sondern auch das "wie" der Effektivität bereits durch das Grundgesetz vorgeschrieben wäre. Eine derartige Auffassung würde nur schlecht mit der h.M. zu Art. 19 Abs. 4 GG harmonieren, die immer noch davon ausgeht, daß die Zugangsvoraussetzungen, die den Weg zu einer gerichtlichen Entscheidung in der Sache erschweren können, der Regelungsbefugnis des einfachen Gesetzgebers unterliegen ¹⁾. Schließlich müßte man konsequenterweise von der Vorstellung, daß das sog. formelle Hauptgrundrecht, wie eine Reihe weiterer Grundrechtsartikel, "nur" einen Handlungsrahmen bzw. Entscheidungsgrundsatz gibt, abrücken.

Überdies würde man eine weitere Entwicklung des Prozeßrechts durch den Gesetzgeber langfristig verhindern oder doch zumindest erschweren und damit einen "status quo" festschreiben.

Bei Art. 19 Abs. 4 GG kann es daher nicht entscheidend darauf ankommen, wie die Effektivität des Rechtsschutzes ausgestaltet ist, sondern nur darauf, ob diese überhaupt gewährleistet wird ²⁾. Dabei hat der Gesetzgeber auch hinsichtlich der Ausgestaltung des vorläufigen Rechtsschutzes bei Vornahmesachen - worauf u.a. das Bundesverfassungsgericht ³⁾ hinweist - eine relativ weitgeschnittene Gestaltungsfreiheit. So kann die Gefahr der Schaffung vollendeter Tatsachen durch die schwere und zumutbare,

1) Hamann/Lenz, Grundgesetz, Art. 19 Abs. 4 Rdn. 17

2) Zu weitgehend allerdings Bayr. LSG,
ZfS 1967, S. 142

3) BVerfGE 46, S. 179

anders nicht abzuwendende Nachteile, entstehen könnten, durch das Einfügen materiell-rechtlicher Zwischenregelungen ¹⁾, durch Verfahrensvorschriften, die eine rasche Einleitung und Abwicklung des Hauptverfahrens gewährleisten ²⁾ oder aber durch Vorschriften, wie beispielsweise das Bundessozialhilfegesetz, die zwischenzeitlich mit ihrem Leistungskatalog eingreifen und so den Eintritt unzumutbarer Nachteile ausschließen, abgewendet werden.

Daher kann man nicht davon ausgehen, Art. 19 Abs. 4 GG gewährleiste oder fordere gar vorläufigen Rechtsschutz auf dem Gebiet des Sozialrechts gerade in Form einstweiliger Anordnungen ³⁾.

2. Die Statthaftigkeit der einstweiligen Anordnung in der Sozialgerichtsbarkeit aufgrund von Art. 3 Abs.

1 GG

(allgemeiner Gleichheitssatz)

Die Befugnis über die im Sozialgerichtsgesetz geregelten Fälle hinaus, einstweilige Anordnungen zu erlassen, könnte sich aus dem allgemeinen Gleichheitssatz des Grundgesetzes ergeben. Die Begrenzung der einstweiligen Anordnung auf einige wenige Tatbestände im Sozialgerichtsverfahren müßte dann bei einem Vergleich mit den Generalklauseln der anderen

1) Leipold, ZZP 90, S. 263 ff

2) vgl. § 88 SGG, der allerdings recht lange Klagefristen vorsieht.

3) BVerfGE 46, S. 179 f; so auch Leipold, Grundlagen, S. 2 Fn. 4; ähnlich Ule, DVBl 1959, S. 538 f

Verwaltungsgerichtsordnungen, § 123 Verwaltungs- und § 114 Finanzgerichtsordnung, Art. 3 Abs. 1 GG widersprechen ¹⁾. Das Problem, ob die Verwaltungsprozeßordnungen insoweit zu recht unterschiedlich ausgestaltet sind, ist eine Frage der Rechtssetzungsgleichheit ²⁾, vor die der Gesetzgeber gestellt ist, und die man von der Rechtsanwendungsgleichheit ³⁾, also der Frage, ob beim Vollzug der Gesetze durch Verwaltung und Gerichte, eine gleiche oder ungleiche Behandlung geboten ist, unterscheidet.

Der Gesetzgeber greift bei der Regelung fast aller Bereiche in die vielfältigen Beziehungen des gesellschaftlichen Lebens ein, so daß nahezu jede Rechtsetzung zu einer gewissen Ungleichbehandlung führt. Da die Legislative aber gleichzeitig im wesentlichen eine "nur" durch die Verfassung selbst begrenzte Handlungs- und Entscheidungsfreiheit hat, kann die Bedeutung von Art. 3 Abs. 1 GG nicht darin bestehen, den politischen Entscheidungsspielraum des Gesetzgebers darüberhinaus zu beschneiden. Hieraus folgt, daß Art. 3 Abs. 1 GG für den Gesetzgeber "lediglich" die Bedeutung eines Willkürverbotes

-
- 1) s. hierzu BVerfGE 9, S. 125 (129 ff), wo es um die Zulässigkeit einer Beiordnung des Armenanwalts im Sozialgerichtsverfahren ging.
 - 2) Im Hinblick auf Art. 1 Abs. 3, 20 Abs. 3 GG ist heute allgemein anerkannt, daß Art. 3 Abs. 1 GG, nicht wie die Formulierung "vor dem Gesetz" vermuten ließe, nur bei der Gesetzesanwendung durch Verwaltung und Rechtsprechung Anwendung findet, sondern auch die Gesetzgebung selbst bindet: BVerfGE 1, S. 16 u. 52; s. ferner BVerfGE 21, S. 304; 28, S. 227; 34, S. 66
 - 3) statt aller v. Münch, Kommentar, Art. 3 Anm. 8

hat ¹⁾. Dabei unterscheidet man, ob der Gleichheitssatz Prüfungsmaßstab für ein positives Tun oder ein legislatorisches Unterlassen ²⁾ sein soll. Wird beispielsweise ein bestimmter Sachverhalt nicht oder teilweise nicht geregelt, so ist zu fragen, inwieweit eine Pflicht der Legislative zur Normierung gerade dieses Tatbestandes besteht.

Dieses Problem stellt sich in der Tat auch bei den hier zu vergleichenden Gerichtsordnungen, denn der Gesetzgeber hat für gewisse Bereiche des Verwaltungsprozeßrechts, nämlich in Verwaltungs- und Finanzgerichtsbarkeit, die einstweilige Anordnung allgemein anerkannt; er hat es dagegen unterlassen, den Sozialgerichtsprozeß mit dieser Form des vorläufigen Rechtsschutzes umfassend auszustatten.

Zu der Verschiedenartigkeit der Prozeßordnungen und dem Gleichheitsgebot des Art. 3 Abs. 1 GG meint Bettermann, willkürliche Unterschiede zwischen den Verfahrensordnungen und willkürliche Durchbrechungen einer allgemeinen Verfahrensordnung durch Sonderverfahrensnormen für bestimmte Streitsachen seien verfassungswidrig ³⁾. Der Autor weist jedoch gleichzeitig daraufhin, daß von einer Willkür des Gesetzgebers nicht schon dann gesprochen werden könne, wenn dieser im Rahmen seines Ermessens unter

1) Art. 3 Abs. 1 GG gebietet weder wesentlich Gleiches willkürlich ungleich, noch wesentlich Ungleiches willkürlich gleich zu behandeln; BVerfGE 4, S. 155; 27, S. 372 ff; BVerwGE 39, S. 4; BAG NJW 1972, S. 2327; BFH NJW 1960, S. 71. Zum Gleichheitssatz und zur Ausgestaltung der Gerichtsverfahren s.a. Ule, DVBl 1959, S. 544

2) Art. 3 Abs. 1 GG ist auch bei einem Unterlassen des Gesetzgebers anwendbar; BVerfGE 6, S. 264 ff; 15, 46 ff

3) Bettermann, ZZP 70, S. 187 ff (189)

mehreren gerechten Lösungen im konkreten Fall nicht die zweckmäßigste, vernünftigste oder gerechteste gewählt habe; ersteres sei nur dann der Fall, wenn sich ein sachgerechter Grund für die gesetzliche Bestimmung überhaupt nicht finden ließe ¹⁾.

Haueisen wird im Gegensatz zu Bettermann, der praktisch nur Rahmenbedingungen für eine Angleichung der (Verwaltungs-)prozeßordnungen nennt, konkreter, indem er ausführt, es sei nicht gerechtfertigt, das Verfahren von Verwaltungs- und Sozialgerichtsbarkeit in Grundfragen des Prozeßrechts - wozu s.E. auch die einstweilige Anordnung zählt - verschieden zu gestalten ²⁾. Richtig sei zwar, wenn darauf hingewiesen werde, daß die Sozialgerichte vornehmlich über die Gewährung von öffentlich-rechtlichen Leistungen zu entscheiden hätten, während die allgemeinen Verwaltungsgerichte meist - wenn auch nicht immer - mit Streitigkeiten aus dem Recht der Eingriffs- und Ordnungsverwaltung befaßt seien ³⁾. Charakteristisch für die Sozialgerichtsbarkeit sei ferner auch, daß häufig sozial schutzbedürftige Personen bei ihr Rechtsschutz suchten.

Im Hinblick auf Fragen, die nach allgemeinem Verwaltungsrecht zu beantworten seien, unterliege ihrer Jurisdiktion jedoch das gleiche Rechtsgebiet wie der allgemeinen Verwaltungsgerichtsbarkeit. Wenn aber

1) Bettermann, a.a.O., S. 189

2) Haueisen, DVBl 1958, S. 770

3) Zu Recht a.A. Bogs, DVBl 1964, S. 5 der darauf hinweist, daß bspw. "die Versicherungsträger nicht mehr an Leistungen gewähren können, als sie ganz überwiegend selbst durch Beiträge hoheitlich vereinnahmen". Die Rechtskontrolle über den Einzug von im Jahre über 55 Mrd. DM an Beiträgen zur Sozialversicherung (1972/3) beweist die Bedeutung, welche auch der Eingriffsverwaltung in der Rechtsprechung der Sozialgerichte zukommt.

so verschiedene Gebiete des besonderen Verwaltungsrechts, wie das Wasser- und Fürsorgerecht, problemlos nach der gleichen Verfahrensordnung behandelt würden, und der Unterschied zwischen diesen Bereichen nicht größer sei als beispielsweise der zwischen Wasser- und Sozialversicherungsrecht, so könne man nicht davon ausgehen, daß der Sozialgerichtsbarkeit eine grundsätzlich andere Verfahrensordnung zur Verfügung stehen müsse ¹⁾.

Es ist in der Tat schwer einzusehen, wieso bei Streitigkeiten auf Teilgebieten der Leistungswaltung, wie z.B. in Sozialhilfe- ²⁾, Bafög- ³⁾ oder Jugendwohlfahrtspflegeangelegenheiten ⁴⁾, die einstweilige Anordnung statthaft sein soll, während in anderen Bereichen des Sozialrechts ⁵⁾, so beispielsweise in Fragen der Arbeitsförderung ⁶⁾ oder der gesetzlichen Krankenversicherung ⁷⁾, diese Form des vorläufigen Rechtsschutzes nicht vorgesehen ist, (nur) weil hier die Sozialgerichte zuständig sind, und dort die Verwaltungsgerichte zu entscheiden haben ⁸⁾. Auch Spielmeier vermutet, daß die

1) Haueisen, a.a.O., ebenda

2) Redeker/v. Oertzen, VwGO, § 123 Anm. 14

3) Henke, Grundzüge, S. 46 f

4) OVG Münster, ZfSH 1976, S. 178 f; VG Gelsenkirchen, ZfSH 1976, S. 179

5) Haueisen, NJW 1964, S. 627 "... so wenig hat die Sozialgerichtsbarkeit ein 'Monopol' auf das 'Sozialrecht'..."

6) BSG, SozR 4100, § 43 AFG, Nr. 9

7) vgl. BSGE 27, S. 192

8) vgl. Sellmann, NJW 1957, S. 1092 f, der darauf hinweist, daß sich Sozial- und Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Vergangenheit von ihrem Aufgabengebiet her immer mehr aufeinander zu bewegt haben, so daß "die richterliche Prüfung öffentlich-rechtlicher Sozialansprüche durch die Sozialgerichte und die (allgemeinen) Verwaltungsgerichten grundsätzlich abweichenden Verfahrensregeln und -prinzipien durchführen zu lassen, heute systemwidrig wäre; so auch Haueisen, DOK 1961, S. 483 f

"Grenzziehung" zwischen allgemeiner Verwaltungsgerichtsbarkeit einerseits und Sozialgerichtsbarkeit andererseits weniger durch prozessuale Gründe ¹⁾, d.h. durch die Besonderheit der Streitigkeiten, als vielmehr durch die geschichtliche Entwicklung bedingt sei, die heute sachlich nur noch schwer nachzuvollziehen sei ¹⁾.

Ob eine unterschiedliche Regelung der einstweiligen Anordnung in den Verwaltungsgerichtsbarkeiten gerechtfertigt oder aber gemessen an Art. 3 Abs. 1 GG in der Tat willkürlich ist ²⁾, läßt sich am besten beurteilen, wenn man seinen Blick auf Anwendungsbereich und Funktion der einstweiligen Anordnung richtet ³⁾. Bei der einstweiligen Anordnung unterscheidet man zwischen der Anordnung zur Sicherung eines Individualanspruches (Sicherungsanordnung) ⁴⁾ und der Anordnung zur Wahrung des Rechtsfriedens (Regelungsanordnung) ⁵⁾, wenngleich in der Gerichtspraxis zwischen diesen beiden Formen meist nicht klar differenziert wird ⁶⁾.

1) Haueisen, DOK 1966, S. 167; Spielmeyer, SGB 1963, S. 189 unter Hinweis auf Haueisen, NJW 1963, S. 323 und MDR 1963, S. 881

2) Bogs, DVBl 1964, S. 6

3) vgl. BVerfGE 9, S. 125 (131)

4) entspricht § 123 Abs. 1 S. 1 VwGO; § 114 Abs. 1 S. 1 FGO; § 935 ZPO

5) entspricht § 123 Abs. 1 S. 2 VwGO; § 114 Abs. 1 S. 2 FGO; § 940 ZPO

6) Näheres zur Sicherungs- und Regelungsanordnung s. Rohmeyer, Rechtsnatur, S. 86 ff; ferner Tschira/Schmitt Glaeser, Prozeßrecht, S. 196 ff sowie Schunck/De Clerck, VwGO, § 123 Anm. 2, die darauf hinweisen, daß - jedenfalls bei § 123 VwGO - eine Differenzierung zwischen den beiden Formen wenig sinnvoll ist; so auch für die §§ 935, 940 ZPO s. statt aller Teplitzky, JuS 1980, S. 884; a.A. nur Jauernig, ZfP 1966, 331 ff

Einstweilige Anordnungen zur Sicherung eines Individualanspruches kommen in der Verwaltungsgerichtsbarkeit typischerweise bei Ansprüchen auf Herausgabe und Übertragung bestimmter Sachen, bei der Abwehr von nicht ohne weiteres rückgängig zu machenden Eingriffen (nicht durch VA) ¹⁾ sowie in gewissen Verpflichtungssachen ²⁾, meist Konkurrentenklagen, vor. Im übrigen hat die Sicherung von Leistungsansprüchen im Verwaltungsprozeß kaum Bedeutung - falls man sie überhaupt zulassen will -, da grundsätzlich davon ausgegangen werden kann, daß dem betreffenden Hoheitsträger die erforderlichen Sachmittel zur Erfüllung seiner Verbindlichkeiten regelmäßig zur Verfügung stehen ³⁾.

Ein Bedürfnis zum Erlaß einstweiliger Anordnungen in Konkurrentensachen oder bei Herausgabeansprüchen wird in der Sozialgerichtsbarkeit zwar kaum bestehen. Jedoch ist ein vorläufiger Schutz vor Eingriffen, die nicht als Verwaltungsakte zu qualifizieren sind ⁴⁾, ebenso wie in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, notwendig.

1) OVG Hamburg, NJW 1978, S. 1395: Abwehr der drohenden Gefahr der Vereitelung oder Erschwerung der Verwirklichung des Rechts eines Studenten auf Besuch von Lehrveranstaltungen durch Boykottmaßnahmen der Studentenschaft.

2) z.B. auf Zulassung zum Studium bei Begrenzung der Zulassungszahlen: vgl. VGH München, BayVB1 1968, S. 408 oder Ernennung auf einen bestimmten, nur einmal zu besetzenden Dienstposten: VGH Mannheim, VerwRspr. 27, S. 940; OVG Münster, JuS 1981, S. 152: vorbeugender Rechtsschutz gegen die Zulassung von Konkurrenten im Taxigewerbe

3) s.o.S. 151

4) LSG MDR 1964, S. 542 - Verbot des Verkaufs von Feinbrillen -; Bayr. LSG, Breithaupt 1977 S. 947 - Verbot gewisse Behauptungen aufzustellen oder zu verbreiten -.

Für die Sicherung von Sozialleistungsansprüchen wird es ebenso wie in der allgemeinen Verwaltungsgerichtsbarkeit wegen der Bonität der Leistungsträger keine Notwendigkeit für den Erlass einstweiliger Anordnungen durch die Sozialgerichte geben.

Einstweilige Anordnungen zur Regelung eines vorläufigen Zustandes in bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis, die andere Form dieses vorläufigen Rechtsschutzes, ergehen im Verwaltungsprozeß beispielsweise auf Antrag des Nachbarn wegen einer genehmigungspflichtigen, jedoch nicht genehmigten Baumaßnahme ¹⁾. In der Sozialgerichtsbarkeit besteht insoweit ein entsprechendes Regelungsbedürfnis, wenn eine AOK die Wirksamkeit des Genehmigungsbescheides für die Errichtung einer gemeinsamen Innungskrankenkasse bestreitet bzw. anfecht ²⁾. Im Wege der Rechtsfortbildung ³⁾ ist den Verwaltungsgerichten ⁴⁾, ebenso wie bereits früher den Zivilgerichten ⁵⁾, die Befugnis zuerkannt worden, ausnahmsweise durch sogenannte Leistungsanordnung (Leistungsverfügung) ⁶⁾ selbst eine, wenn auch bloß vorläufige und unter dem Vorbehalt des Ausgangs der Hauptsache stehende, Befriedigung des geltend gemachten Anspruchs zu verfügen. Entsprechende Anordnungen ergehen bei Streitigkeiten auf allen Rechtsgebieten, für die die Verwaltungsgerichte zuständig

1) OVG Münster, VerwRspr. 28, S. 1022

2) LSG Baden-Württemberg, Breithaupt 1961, S. 96

3) Grunsky in Stein/Jonas, ZPO, Vorb. § 935 Anm. IV; differenzierend Jauernig, ZZP 1966, S. 331 ff

4) Kopp, VwGO, § 123 Anm. 14 m.w.N.; Rohmeyer, Rechtsnatur, S. 58

5) s. Teplitzky, JuS 1980, S. 884

6) Jauernig, a.a.O., S. 321

sind ¹⁾, wenn die Notwendigkeit besteht, unzumutbare Nachteile von dem Antragsteller abzuwenden ²⁾, insbesondere weil die Entscheidung in der Hauptsache zu spät kommen würde ³⁾ oder aber, um die Befriedigung dringendster Lebensbedürfnisse sicherzustellen, bzw. die wirtschaftliche Existenz nicht zu gefährden ⁴⁾.

Im Sozialprozeß, in dem im Gegensatz zum Verwaltungsgerichtsverfahren der gewichtigere Teil der Streitverfahren auf dem Gebiet der Leistungsverwaltung geführt wird, träte ebenso wie in den entsprechenden Bereichen der Verwaltungsgerichtsbarkeit regelmäßig eine vorläufige Befriedigung ein, wenn der zuständige Leistungsträger im Wege der einstweiligen Anordnung zum Erlaß eines Verwaltungsaktes über die begehrte Geld-, Sach- oder Dienstleistung verpflichtet würde. Hier wie dort besteht die Gefahr, daß die gerade im Hinblick auf die Bedürftigkeit des Antragstellers

-
- 1) z.B. Ausländerrecht: VGH Kassel, DVBl 1976, S. 829 (vorläufige Duldung des Aufenthaltes eines Ausländers gem. § 17 AuslG); Schul- und Hochschulrecht: OVG Münster, JZ 1962, S. 322 (Teilnahme am Unterricht der nächsthöheren Klasse bei Nichtversetzung) und OVG Lüneburg, NJW 1978, S. 1340 (Zulassung zum Studium an einer Universität); Beamtenrecht: OVG Münster, MDR 1972, S. 346 (Berufung in ein Beamtenverhältnis auf Probe); Leistungsrecht: VGH Mannheim, FamRZ 1976, S. 718 (Zahlung von Ausbildungshilfe nach BaföG in Höhe des zum Leben und für die Ausbildung Erforderlichen) und vgl. Rede ker/v. Oertzen, VwGO § 123 Anm. 14 (Leistungen nach dem BHSG)
- 2) OVG Lüneburg, NJW 1977, S. 773
- 3) OVG Lüneburg, DÖV 1962, S. 911; VGH München, NJW 1966, S. 751; s. ferner auch BVerfGE 7, S. 99 ff.
- 4) VGH Kassel, GewArch 61, S. 92 f. und 124 f.; ähnlich auch BVerfGE 14, S. 153; ferner OVG Münster, ZBR 1955, S. 282

erbrachten Leistungen bei einer entgegengesetzten Entscheidung in der Hauptsache nicht zurückerstattet werden können ¹⁾. Gleichwohl wird in der Verwaltungsgerichtsbarkeit der Erlaß einer einstweiligen Anordnung selbst dann nicht als unzulässig abgelehnt, weil ja anderenfalls ein effektiver Rechtsschutz nicht möglich wäre ²⁾.

Es bedarf keinen besonderen Ausführungen darüber, daß gerade bei Streitigkeiten, die in den Zuständigkeitsbereich der Sozialgerichte fallen, der Anspruchsteller oftmals auf die begehrte Sozialleistung dringend angewiesen ist ³⁾, um den lebensnotwendigen Unterhalt für sich und seine Familie sicherzustellen. Insofern sind die Lebenssachverhalte über die Verwaltungs- und Sozialgerichtsbarkeit im Rahmen der sog. Leistungsverwaltung zu entscheiden haben, kongruent. Die Notwendigkeit auch im Sozialprozeß einstweilige Anordnungen erlassen zu können, entfällt auch nicht deshalb, weil das Bundessozialhilfegesetz subsidiär ⁴⁾ eingreift, und die Verwaltungsgerichte unter den o.g. Voraussetzungen befugt sind, im Wege der sog. Leistungs-

-
- 1) Schwankhardt, Rechtsschutz, S. 295 f
Wieseler, Vorläufiger Rechtsschutz, S. 188;
Baumbach-Lauterbach, ZPO, Grunds. § 916 2 B
 - 2) VGH Mannheim, FamRZ 1975, S. 517 u. 1976, S. 718;
ferner bei der Einräumung von Sendezeiten im
Rundfunk und Fernsehen kurz vor der Wahl oder
die Veranstaltung von Versammlungen bzw. von
Demonstrationen zu einem gewissen Zeitpunkt:
vgl. BVerfGE 7, S. 99 ff
 - 3) Wannagat, Rechtsfortbildung, S. 23
 - 4) Henke, Grundzüge, S. 216

anordnung Sozialhilfeleistungen zuzusprechen ¹⁾. Dem Hinweis auf Sozialhilfe, der im übrigen auch in der Rechtsprechung der Zivilgerichte zu den sog. Leistungsverfügungen nicht durchdringt ²⁾, kann also wegen der Nachrangigkeit der Sozialhilfe, die auch gegenüber anderen Sozialleistungs-trägern gilt ³⁾, nicht gefolgt werden ⁴⁾.

Da also Sozial- und Verwaltungsgerichtsbarkeit insbesondere auf dem Gebiet der Leistungsverwaltung und des vorläufigen Rechtsschutzes ein uneingeschränktes identisches Rechtsschutzbedürfnis zu befriedigen haben, gebietet Art. 3 Abs. 1 GG die Ausgestaltung des Sozialprozesses mit einer § 123, § 114 VwGO entsprechenden Regelung ⁵⁾.

1) vgl. Redeker/v. Oertzen, VwGO, § 123 Anm. 14

2) Grunsky in Stein/Jonas, ZPO, Vorb. § 935 Anm. IV 2 b m.w.N.; a.A. Schmidt, SGB 1980, S. 516 der damit den Rechtsschutzsuchenden der Gefahr eines Kompetenzkonfliktes aussetzt.

3) statt aller Henke, Grundzüge, S. 217

4) d.h. die Gerichte können die Zulässigkeit einstweiliger Anordnungen nicht von vornherein mit dem Argument abblocken, daß ja in jedem Fall Sozialhilfe gezahlt werden müsse. Etwas anderes ist es allerdings, wenn im Rahmen der Interessenabwägung bei der einstweiligen Anordnung festgestellt wird, daß in der Hauptsache keine Aussicht auf Erfolg besteht, und es daher nicht gerechtfertigt ist, den Antragsteller vorläufig zu verurteilen. Hier paßt der Hinweis auf Sozialhilfe, da diese ja gerade, wie auch vom Gesetzgeber vorgesehen, als "letzte Anspruchsgrundlage" eingreifen soll; vgl. dazu OVG Münster, NJW 1980, S. 2663 f

5) Obermayer, Gedächtnisschrift H. Peters, S. 877 meint zur Rechtslage im allgemeinen Verwaltungsprozeß, daß schon unabhängig von einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung im Hinblick auf Art. 3 GG der Verwaltungsrechtsschutz nicht weniger wirksam ausgestaltet werden dürfe als der Zivilrechtsschutz; ferner auch Brändel, BB 1965, S. 616 f zur Rechtslage auf dem Gebiet der Finanzgerichtsbarkeit vor Inkrafttreten der Finanzgerichtsordnung; siehe schließlich die Bemerkungen von Bogs, DVBl 1964, S. 7; a.A. jedoch nicht überzeugend LSG Hamburg gegen dessen Beschluß Verfassungsbeschwerde eingelegt wurde: BVerfGE 46, S. 171

3. Die analoge Anwendung von § 123 VwGO

Die einstweilige Anordnung nach § 123 VwGO soll die Rechtsstellung des Antragstellers vorläufig erweitern (Einräumung einer Rechtsposition) und damit die Verwirklichung des von ihm begehrten Rechts sichern helfen ¹⁾. Daraus ergibt sich, daß dieses Institut besonders auf die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes im Bereich der Leistungsverwaltung zugeschnitten ist, wenngleich damit ihr typischer Anwendungsbereich nicht vollständig beschrieben wird, weil auch gewisse Eingriffe nur mit der einstweiligen Anordnung abgewehrt werden können ²⁾.

Für eine entsprechende Anwendung von § 123 VwGO in der Sozialgerichtsbarkeit machte sich als erster Hauelsen u.a. mit dem Hinweis stark, beide Verfahrensordnungen seien der Verwaltungsgerichtsbarkeit zuzuordnen, und es sei somit nicht gerechtfertigt, das Verfahren der beiden Gerichtszweige in Grundfragen des Prozeßrechts unterschiedlich zu gestalten ³⁾. Diese Auffassung fand jedoch zunächst weder in der Literatur noch in der Rechtsprechung größere Resonanz ⁴⁾. Erst der Beschluß des Bundesverfassungsgerichts vom 19. 10. 1977 ⁵⁾ bewirkte einen grundlegenden Meinungswandel zugunsten der auch vom Verfassungsgericht favorisierten Lösung über § 123 VwGO analog ⁶⁾, obwohl

1) VGH München, BayVBl 1962, S. 324

2) insbesondere solche, die nicht in Form eines Verwaltungsaktes ergehen, so daß die aufschiebende Wirkung nicht in Betracht kommt.

3) Hauelsen, MDR 1963, S. 882 ff; ders., NJW 1963, S. 322; ders., DVBl 1958, S. 770, 773; ähnlich Bettermann, ZZP 70, S. 195

4) s. Meyer-Ladewig, SGG, § 97 Anm. 22; Schmutzler, BlStSoz ArbR 1976, S. 72; LSG Stuttgart, NJW 1978, S. 727

5) BVerfGE 46, S. 166 ff

6) s. Plagemann, Rechtsschutz, Anm. 236 ff

das Gericht erklärtermaßen hierüber nicht verbindlich entschieden hat, da - so lautet die Begründung - die Wahl zwischen mehreren sich anbietenden methodischen Möglichkeiten Aufgabe der Sozialgerichte sei ¹⁾.

Ist in der Praxis allerdings nunmehr über einen Antrag auf einstweilige Anordnung zu befinden, so wenden die Sozialgerichte unter Hinweis auf die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts § 123 VwGO an, ohne - wie es eigentlich dem Willen des Gerichts entsprochen hätte - andere Möglichkeiten der Rechtsfortbildung in Betracht zu ziehen ²⁾. Ob jedoch § 123 VwGO analog in der Sozialgerichtsbarkeit Berücksichtigung finden kann, muß sehr bezweifelt werden. Bedenken sind in der Literatur bereits vereinzelt geltend gemacht worden ³⁾. Einer Anwendung von Vorschriften der Verwaltungsgerichtsordnung zur Lückenfüllung im Anwendungsbereich des Sozialgerichtsgesetzes steht nach einer Mindermeinung in der Literatur § 202 SGG entgegen ⁴⁾,

-
- 1) kritisch hierzu Schuwerack, JA 1978, S. 340; v. Mutius, VerwArch 70, S. 373 Fn. 55
 - 2) LSG Rh.-Pf., Breithaupt 1979, S. 89; Hess LSG, Breithaupt 1979, S. 1027; LSG Darmstadt, NJW 1981, S. 543 (Arbeitserlaubnis für Asylbewerber); anders nur LSG Hamburg, Breithaupt 1979, S. 666
 - 3) Schuwerack, JA 1978, S. 179 f, 339 f; v. Mutius, VerwArch 70, S. 374
 - 4) vgl. Schuwerack, JA 1978, S. 179; S. 340; v. Mutius VerwArch 70, S. 374; Peters/Sautter/Wolff, SGG, § 202 Anm. 4; BSGE 10, S. 236 (betrifft das Verhältnis zwischen SGG und MRVO Nr. 165, der Vorläuferin der VwGO; die Entscheidung zieht im Hinblick auf die Zulässigkeit von Zwischenurteilen über die Zuständigkeit des Gerichts wegen § 202 SGG die Vorschriften der ZPO und nicht der MRVO heran und bemerkt nur nebenbei, daß auch nach § 73 Abs. 1 MRVO diese Zwischenurteile zulässig sind; Bettermann ZZP 70, S. 195 Fn. 112; a.A. allerdings ohne Begründung Haueisen, NJW 1959, S. 21

während die h.M. in der Wissenschaft und die Rechtsprechung dieses Problem nicht sehen.

§ 202 SGG verweist ebenso wie die vergleichbaren § 173 VwGO und § 155 FGO ausdrücklich auf die Bestimmungen von ZPO und GVG, soweit das SGG keine eigene Regelung enthält, und die grundsätzlichen Unterschiede zwischen den Verfahrensarten eine entsprechende Anwendung dieser Gesetze nicht ausschließen ¹⁾. Damit scheint also die Anwendung der Verwaltungsgerichtsordnung, die im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Sozialgerichtsgesetzes zwar selbst noch nicht verkündet war, nicht ausgeschlos-

1) Anders die Rechtsprechung des früheren RVA, der RVGer und der Gesetzentwurf des Arbeitsstabs, die die Vorschriften von GVG und ZPO zur Lückenausfüllung nicht global heranzogen, um mit Rücksicht auf die Besonderheiten des materiellen Sozialrechts durch freie Verfahrensgestaltung, den Eigenarten des Sozialprozesses (häufig prozeß- und rechtsunkundige Beteiligte, für die sich die verfahrensrechtliche Strenge von GVG und ZPO nachteilig auswirken könnte; kein Anwaltszwang, mit Ausnahme der Verfahren vor dem BSG; Untersuchungsmaxime) besser Rechnung zu tragen. Der Gesetzgeber des SGG hat demgegenüber bewußt die Regelung und Wortfassung von § 170 VwGO i.d.F. des Entwurfs vom 28.07.1952 (entspricht im wesentlichen § 173 VwGO) übernommen, weil er sich von der Verweisung auf GVG und ZPO größere Rechtssicherheit versprach; s. hierzu Peters/Sautter/Wolff, SGG, § 202 Anm. 1; Miesbach/Ankenbrank, SGG, § 202 Anm. 1

Die Verweisung auf GVG und ZPO durch §§ 155 FGO, 202 SGG und § 173 VwGO wird kritisiert vgl. Peters/Sautter/Wolff, SGG, § 202 Anm. 2; Hübschmann/Hepp/Spitaler, Kommentar, § 155 Anm. 1; Bettermann, ZZP 70, S. 95 Fn. 112; Haueisen, DVBl 1958, S. 770/9, der beklagt, man habe im SGG mehr dem Zivilprozeß Rechnung getragen als den Parallelen zur VwGO.

sen ¹⁾.

Ein Blick auf Rechtsprechung und Literatur zu § 155 FGO zeigt, daß dort das Problem der entsprechenden Anwendung der VwGO im Finanzgerichtsverfahren, im Gegensatz zum Meinungsstand bei § 202 SGG betreffend den Sozialprozeß durchaus allgemein bekannt ist. Man hält hier allerdings die analoge Anwendung verwaltungsrechtlicher Vorschriften unter gewissen Voraussetzungen für zulässig ²⁾.

Zur Begründung wird darauf verwiesen, daß die FGO weitgehendst, teilweise sogar fast wörtlich der VwGO nachgebildet sei ³⁾, und § 155 FGO nur eine sinngemäße Anwendung der ZPO unter Berücksichtigung der grundsätzlichen Unterschiede der beiden Verfahrensarten erlaube. Zur Ausfüllung von Lücken und insbesondere zur Bestimmung der Grenze bis zu der Vorschriften der ZPO aus Gründen, die in der Besonderheit des finanzgerichtlichen Verfahrens liegen, wörtlich übernommen werden könnten, sowie zur Feststellung, was eine sinngemäße Anwendung der Vorschriften der ZPO sei, müsse daher auch auf die VwGO zurückgegriffen werden ⁴⁾.

Zu § 173 VwGO wird die Meinung vertreten, neben GVG und ZPO seien im Verwaltungsprozeß sinngemäß solche Vorschriften anwendbar, die

1) v. Mutius, VerwArch 70, S. 369

2) Brockhoff/Groh, RK-FGO, § 155 Anm. 1; BFH in BStBl 1968 II, S. 207; a.A. Hübschmann/Hepp/Spitaler, Kommentar, § 155 Anm. 3; ferner Bogs, DVBl 1964, S. 5; Haueisen, NJW 1964, S. 629

3) Brockhoff/Groh, a.a.O., ebenda;
Koch, Handbuch, S. 22

4) BFH in BStBl 1968 II, S. 207

zum allgemeinen Prozeßrecht gehören und die dem Interesse an einer möglichst einheitlichen Auslegung und Anwendung des Prozeßrechts der bestehenden Prozeßordnungen Rechnung tragen ¹⁾.

Es muß allerdings bezweifelt werden, ob diese Argumente - ihre Schlüssigkeit soll, soweit die FGO und VwGO betroffen sind, nicht untersucht werden - auch im Anwendungsbereich von § 202 SGG sinngemäß Geltung beanspruchen können ²⁾. Folgende Gründe sprechen dagegen:

- Regelungsabsicht des Gesetzgebers war es, durch Verweisung auf ZPO und GVG die Rechtssicherheit herzustellen, die eine freie Gestaltung des Verfahrens hätte nicht gewährleisten können ³⁾.
- § 198 (2) SGG schließt zwar (nur) den Rückgriff auf die Bestimmungen der ZPO über den vorläufigen Rechtsschutz aus ⁴⁾, und daher könnte der Weg für die Anwendung entsprechender Vorschriften der Verwaltungsgerichtsordnung, hier also § 123 VwGO, offen sein ⁵⁾. Jedoch

1) Kopp, VwGO, § 173 Anm. 1, 5

2) Hiervon streng zu unterscheiden ist die Frage, ob es de lege ferenda gerechtfertigt ist, eine dem § 123 VwGO entsprechende Vorschrift auch in das Sozialgerichtsverfahren aufzunehmen. Diese Entscheidung steht im Ermessen des Gesetzgebers und ist daher wie die Bemühungen um die Vereinheitlichung der Prozeßordnungen selbst im wesentlichen ein rechtspolitisches Problem.

3) Peters/Sautter/Wolff, SGG, § 202 Anm. 1

4) § 198 (2) SGG ist eine der wenigen Bestimmungen des SGG, die eine Anwendung von Vorschriften der ZPO ausdrücklich ausschließt.

5) so BVerfGE 46, S. 166, wo § 198 (2) SGG im Mittelpunkt der Überlegungen steht, ob das SGG eine entsprechende Anwendung von § 123 VwGO zuläßt; dazu kritisch v. Mutius, VerwArch 70, S. 363, 370

bliebe dabei die systematische und teleologische Einbindung des § 198 (2) SGG in das Sozialgerichtsgesetz insgesamt sowie die Entstehungsgeschichte von SGG als auch VwGO unbeachtet, denn:

= wie man in der neueren Diskussion vielfach übersieht, ist § 123 VwGO der einstweiligen Verfügung des Zivilprozesses entlehnt, ihr nachgebildet ¹⁾ und verweist sogar auf diese, so daß § 198 (2) SGG durch die entsprechende Anwendung des § 123 VwGO materiell umgangen und in seiner Bedeutung ausgehöhlt würde;

= zunächst war die Zulässigkeit der nicht ausdrücklich normierten einstweiligen Anordnung selbst im allgemeinen Verwaltungsprozeß noch lange nach der Kodifikation des SGG umstritten ²⁾. Lediglich die frühen Entwürfe zur Verwaltungsgerichtsordnung sahen die einstweilige Anordnung bereits vor ³⁾. Somit war zu jenem Zeitpunkt nicht abzusehen, ob und wie die Frage der einstweiligen Anordnung endgültig geregelt werden würde. Daher konnte der Gesetzgeber des Sozialgerichtsgesetzes eine Regelung der noch im Entstehungsprozeß befindlichen Verwaltungsgerichtsordnung nicht in seinen mutmaßlichen und schon gar nicht in seinen ausdrücklichen Willen aufnehmen oder ablehnen wollen;

= geht man von der anderen Annahme aus, daß VwGO und SGG in Wechselwirkung zueinander entstanden sind, so ergibt sich logischerweise keine andere

1) s. Wieseler, Vorläufiger Rechtsschutz, S. 165 ff

2) Quaritsch, VerwArch 1960, S. 210 ff

3) Felk, SGB 1971, S. 128; vgl. Wieseler, Vorläufiger Rechtsschutz, S. 174 Fn. 2

Konsequenz, weil dann der Gesetzgeber des SGG die einstweilige Anordnung ¹⁾, die in die VwGO im Gegensatz zur früheren Rechtslage generell aufgenommen werden sollte, in Kenntnis der eigenen Absicht ²⁾ auf wenige Ausnahmefälle begrenzt hat ³⁾.

Aus diesen Gründen muß eine analoge Anwendung von § 123 VwGO im Bereich der Sozialgerichtsbarkeit ausscheiden ⁴⁾.

4. Gibt es einen allgemeinen Grundsatz der gerichtlichen Verfahrensordnungen demzufolge einstweilige Anordnungen auch ohne ausdrückliche positiv-rechtliche Normierung statthaft sind ?

Die Vorstellung, die Statthaftigkeit der einstweiligen Anordnung bei fehlender Normierung aus einem allgemeinen Grundsatz gerichtlicher Verfahrensordnungen ableiten zu können, ist nicht neu ⁵⁾. Bereits vor Inkrafttreten der Verwaltungsgerichtsordnung vom 21. Januar 1960 ⁶⁾, als die Statthaftigkeit einstweiliger Anordnungen im Verwaltungsprozeß noch weitgehend umstritten war ⁷⁾, sah eine Auf-

1) Quaritsch, a.a.O., ebenda

2) skeptisch Hauelsen, DVBl 1958, S. 779 Fn. 95

3) v. Mutius, VerwArch 70, S. 369 f

4) so auch LSG Bremen, Breithaupt 1977, S. 944

5) s. Quaritsch, VerwArch 1960, S. 212 sowie Obermayer, Gedächtnisschrift, H. Peters, S. 875 f; zur Anwendung allgemeiner Rechtsgrundsätze s. Menger, System, S. 70 ff

6) BGBl I S. 17

7) Zur Entwicklung der einstweiligen Anordnung im Verwaltungsprozeß bis hin zur Verwaltungsgerichtsordnung von 1960 s. Rohmeyer, Rechtsnatur, S. 55 ff

fassung unter Hinweis auf vergleichbare Regelungen in der Verfassungs- und Zivilgerichtsbarkeit und in anderen Prozeßordnungen, die einstweilige Anordnung als Ausfluß eines allgemeinen Prozeßrechtsgrundsatzes an ¹⁾. Auch das Bundesverfassungsgericht gibt in seinem Beschluß vom 19.10.1977 den Hinweis, daß man neben der entsprechenden Anwendung von § 123 VwGO auch in Betracht ziehen könne, in der Vorschrift "einen allgemeinen Grundsatz des Verfahrensrechts verankert zu sehen", der ebenfalls für die Sozialgerichtsbarkeit Geltung beanspruche ²⁾. Zuvor kam bereits das Bundesverwaltungsgericht in einer Entscheidung zur Wehrbeschwerdeordnung zu dem Ergebnis, daß der in den §§ 935, 940 ZPO und § 123 VwGO niedergelegte Rechtsgedanke so sehr Ausdruck eines allgemeinen rechtsstaatlichen Grundsatzes sei, daß die insoweit in § 17 Abs. 6 WBO erkennbare Lücke durch diesen ausgefüllt werden müsse ³⁾.

Die Beantwortung der Frage, ob ein allgemeiner Rechtsgrundsatz existiert, der die Befugnis zum Erlaß einstweiliger Anordnungen ohne ausdrückliche positiv-rechtliche Regelung gibt, erfordert ein Eingehen auf Sinn und Zweck gerichtlicher Verfahren.

Als notwendige Folge des mit dem Verbot der Selbsthilfe begründeten Justizmonopols des Staates sind die Gerichte staats- und prozeßrechtlich (auch) gegenüber den Streitparteien verpflichtet, Rechtspflege zu üben. Dieser Verpflichtung entspricht

1) Rohmeyer, a.a.O., S. 58 m.N.; so insbes. OVG Lüneburg, DÖV 1958, S. 233

2) BVerfGE 46, S. 166 (184)

3) BVerwGE, DVBl 1968, S. 83; BVerwGE 43, S. 340

ein Anspruch auf Justizgewährung (Justizanspruch) ¹⁾ gegen den Staat. So haben die Parteien das Recht, die Gerichte im Klagewege anzurufen. Diese können den Antrag auf Anberaumung eines Termins nicht ohne Grund ablehnen und sind verpflichtet, die Sache nach der tatsächlichen und rechtlichen Seite hin zu überprüfen und haben bei Entscheidungsreife ein Urteil zu fällen ²⁾. Diese "Gegenleistung" wäre jedoch kein ausreichendes Äquivalent für den Verzicht auf die eigene Durchsetzung des Anspruchs, wenn die Beteiligten gleichwohl ungehindert in der Lage wären, durch außerprozessuale Mittel auf das Ergebnis des Rechtsstreits einzuwirken, oder aber, wenn ein solcher noch nicht anhängig ist, die Verwirklichung des geltend gemachten Rechts in einem späteren Gerichtsverfahren von vorneherein illusorisch zu machen ³⁾. Diese Gefahr besteht insbesondere dann, wenn die Durchführung eines Prozesses wegen der verfahrensmäßigen Ausgestaltung bzw. aus anderen Gründen (Überlastung der Gerichte u.ä.) eine längere Zeitspanne in Anspruch nimmt ⁴⁾.

Die Formulierung von Quaritsch: "Es widerliefe dem Sinn der Gerichtsbarkeit als letzt- und alleinentscheidender Instanz, müßte der Richter tatenlos zusehen, wenn sich ein Beteiligter anschickte, das von ihm gewünschte oder gefürchtete Verfahrensergebnis eigenmächtig vorwegzunehmen oder zu ver-

1) vgl. dazu BVerfGE 3, S. 364; 10, S. 306 sowie Schumann in Stein/Jonas, ZPO, Einl. I E 7 b

2) Rosenberg/Schwab, Zivilprozeß, S. 11

3) Grunsky in Stein/Jonas, ZPO, Vor § 916 Anm. I 1; Ruckdäschel, DÖV 1961, S. 684; De Clerck, NJW 1956, S. 1338

4) Ruckdäschel, a.a.O., S. 684; Lipke, DB 1980, S. 2241; LAG München, NJW 1980, S. 957 ff m.w.N.; Grunsky in Stein/Jonas, a.a.O., ebenda; zur Verfahrensdauer in der Sozialgerichtsbarkeit s. Krob, SGB 1970, S. 329 ff u. Klink, SGB 1973, S. 431; neuerdings Rohwer-Kahmann, Rechtstat-sachen, S. 30 ff

eiteln" ¹⁾, beschreibt daher nach wie vor zutreffend die Gefahr der die einstweilige Anordnung (aber auch die einstweilige Verfügung) wirksam entgegenzutreten versucht. Entsprechenden Konstellationen und Interessenlagen begegnet man auch bei Tatbeständen über die im Sozialprozeß entschieden wird, so daß hier - wie in anderen gerichtlichen Verfahrensordnungen - ebenfalls die allgemeine Notwendigkeit besteht, vorläufige Regelungen zu erlassen. Diese Notwendigkeit tritt besonders deutlich zutage, wenn im Sozialprozeß über Ansprüche zu entscheiden ist, die durch Handlungen bzw. Unterlassungen des Anspruchsgegners oder durch andere Umstände (Zeitablauf etc.) beeinträchtigt werden können ²⁾.

Die einstweilige Anordnung muß daher zum Instrumentarium all jener Prozeßordnungen - also auch der Sozialgerichtsbarkeit - gehören, deren vornehmlichste Aufgabe es ist, ein geordnetes Verfahren zu gewährleisten, dessen Ablauf auf die Verwirklichung und Durchsetzung von Ansprüchen zielt und daher möglichst wenig durch sachfremde - außerprozessuale - Einflüsse und Beeinflussungen gestört werden soll.

1) Quaritsch, VerwArch 1960, S. 216

2) s. LSG Baden-Württemberg, Breithaupt 1961, S. 96 - Verbot der Ausübung von Funktionen eines gesetzlichen Krankenversicherungsträgers -; LSG Essen, MDR 1964, S. 542 - Verbot des Verkaufs von Feinbrillen -; Bayr. LSG, Breithaupt 1977, S. 947 - Verbot gewisse Behauptungen aufzustellen und zu verbreiten -

5. Teil

Die einstweilige Anordnung nach dem Entwurf einer Verwaltungsprozeßordnung (EVPO)

Bestrebungen, die drei Verwaltungsgerichtsordnungen zu vereinheitlichen, gibt es seit Mitte der fünfziger Jahre ¹⁾. Mit Kabinettsbeschluß der Bundesregierung vom 11. November 1968 wurde der Bundesminister des Innern schließlich beauftragt, einen Koordinierungsausschuß zur Vereinheitlichung der Verwaltungsgerichtsordnung, der Finanzgerichtsordnung und des Sozialgerichtsgesetzes einzuberufen. Dieser Ausschuß ist im Februar 1971 zu seiner konstituierenden Sitzung zusammengetreten und hat in der Folgezeit den Entwurf einer Verwaltungsprozeßordnung ausgearbeitet, der auf dem sog. "Speyerer Entwurf" fußt und im September 1976 dem Bundesminister der Justiz übergeben wurde. Der Kommissionsentwurf und die dazu ergangenen Stellungnahmen sollen die Grundlage für ein Gesetzesvorhaben der Bundesregierung bilden, dessen Referentenentwurf bereits seit 1980 den zu beteiligenden Stellen vorgestellt wird.

I. Die Ausprägung des vorläufigen Rechtsschutzes de lege ferenda

1. Die aufschiebende Wirkung

Neben der umfassenden Einführung des Armenrechts und der Normenkontrolle ist die Neugestaltung des

1) s. hierzu im Einzelnen: Koordinierungsausschuß, Entwurf, S. 91 ff.; Ule, VR 1979, S. 188 ff.

vorläufigen Rechtsschutzes als wichtigste der beabsichtigten Änderungen, die das Sozialgerichtsverfahren betreffen, zu nennen. Der vorläufige Rechtsschutz des Sozialprozesses wird danach keine grundsätzlichen Besonderheiten mehr gegenüber den beiden anderen Verwaltungsgerichtsverfahren aufweisen ¹⁾.

Gemäß §§ 150 ff EVPO und §§ 139 ff RefEntw. haben Widerspruch und Klage grundsätzlich aufschiebende Wirkung. Hiervon sollen Ausnahmen, wie bereits in § 80 Abs. 2 Ziff. 1 bis 3 VwGO vorgesehen, nach § 150 Abs. 2 Ziff. 1-5 EVPO bzw. § 139 Abs. 2 Ziff. 1-6 Ref.Entw. zugelassen werden. Die Konzeption des Ref.Entw. übernimmt dabei zwar weitgehend die Fassung der EVPO. Sie sieht jedoch auch eine besonders für die Sozialgerichtsbarkeit bedeutsame Neuerung vor. Gem. § 139 Abs. 2 Ziff. 3 Ref.Entw. soll bei Klagen gegen Verwaltungsakte, die eine laufende Leistung entziehen, eine aufschiebende Wirkung nicht eintreten. Damit wird ein de lege lata dem vorläufigen Rechtsschutz des Sozialprozesses innewohnendes Prinzip, bei Widerspruch oder Klage gegen Verwaltungsakte, die eine laufende Leistung entziehen, ausnahmsweise die aufschiebende Wirkung ²⁾ oder die Aussetzung der Vollziehung ³⁾ zuzulassen,

1) s. aber zum jetzigen Rechtszustand oben S. 9-14
zu §§ 86 Abs. 2, 97 Abs. 2 SGG, § 69 FGO

2) vgl. § 86 Abs. 2 SGG

3) vgl. § 97 Abs. 2 SGG

zumindest teilweise aufgegeben. Gerade wenn Sozialleistungen zu Unrecht bewilligt worden sind, können diese erfahrungsgemäß selten oder nur unter erheblichen Belastungen für den Leistungsempfänger zurückerstattet werden, so daß letztlich das Interesse der Versichertengemeinschaft aber auch das der Leistungsträger bei der Güterabwägung des Gesetzgebers den Ausschlag gegeben hat ¹⁾. Unzumutbaren Härten oder groben Unbilligkeiten kann durch eine Entscheidung nach § 139 Abs. 4 Ref.Entw. begegnet werden, in deren Rahmen eine Interessenabwägung stattfindet, für die auch die Erfolgsaussicht des Rechtsbehelfs maßgeblich sein wird. Gegen die Ablehnung der Anordnung ist schließlich die Anrufung des Gerichts zulässig (§§ 139 Abs. 6 i.V.m. 140 Abs. 1 Ref.Entw.).

Ebenso wie § 150 Abs. 2 Ziff. 1 EVPO sieht § 139 Abs. 2 Ziff. 2 Ref.Entw. vor, daß die aufschiebende Wirkung des Widerspruches nicht bei Anforderung von (anderen) öffentlichen Abgaben und Kosten eintritt. Unter diese Vorschrift, die ein Austrocknen der Haushalte durch das Einlegen von Rechtsmitteln verhindern will, sollen auch die Beiträge zur Sozialversicherung fallen, und so hat man auf ihre ausdrückliche Erwähnung im Text verzichtet ²⁾. Ob dies sinnvoll ist, muß bezweifelt werden ³⁾; jedenfalls wird das Verstehen des Gesetzestextes hierdurch eher erschwert als erleichtert.

Eine Änderung der bisherigen Rechtslage bringt die Vorschrift für die Sozialgerichtsbarkeit allerdings nicht, da diese Fallgruppe bislang nicht in den Katalog der Tatbestände aufge-

1) s. Rohwer-Kahlmann, SGG, § 97 Anm. 76

2) s. Koordinierungsausschuß, Entwurf, S. 322 f.; Plagemann, Rechtsschutz, Anm. 298

3) zur Legaldefinition der Abgaben s. § 3 AO

nommen war, in denen Widerspruch und Klage ausnahmsweise aufschiebende Wirkung hatten ¹⁾.

§ 150 Abs. 3 EVPO und § 139 Abs. 3 Ref.Entw. umfassen die zusammengehörenden Bestimmungen des § 80 Abs. 2 Nr. 4 und Abs. 3 VwGO. Für den Bereich der Sozialgerichtsbarkeit wird damit die Befugnis gewisser Verwaltungsbehörden ²⁾ bei einer Klage gem. § 97 Abs. 1 Ziff. 4 und 5 SGG mit (ausnahmsweise) aufschiebender Wirkung die sofortige Vollziehung anzuordnen auf jede (jeweils zuständige) Erst- und Widerspruchsbehörde ³⁾ ausgedehnt. Die Befugnis ist auch sachlich nicht mehr beschränkt, sondern erstreckt sich auf alle Verwaltungsakte gegen die ein Widerspruch oder eine Anfechtungsklage aufschiebende Wirkung zeitigt.

Auf Antrag kann das Gericht der Hauptsache nach § 151 EVPO und § 140 Ref.Entw. allerdings die aufschiebende Wirkung selbst vor der Erhebung der Klage wiederherstellen. Diese Befugnis steht ferner der Erstbehörde zu, und zwar auch dann, wenn kein Antrag gestellt wurde (§ 139 Abs. 4 S. 1 Ref.Entw., § 150 Abs. 4 S. 1 EVPO). Die sachliche Beschränkung der Befugnis zur Herstellung der aufschiebenden Wirkung gem. § 86 Abs. 3 und 4 SGG wird aufgegeben ⁴⁾. An Stelle des Begriffs 'Aussetzung der Vollziehung' tritt die Formulierung 'Anordnung der aufschiebenden Wirkung' oder 'Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung'. Neu für die Sozialverwaltung ist ferner die umfassende Einführung der Pflicht, das besondere Interesse an

1) s. Plagemann, Rechtsschutz, Anm. 99 f.

2) vgl. § 59 Abs. 3 S. 2 SGB IV

3) s. Plagemann, Rechtsschutz, Anm. 298

4) Koordinierungsausschuß, Entwurf, S. 324 (Begründung)

der sofortigen Vollziehung des Verwaltungsaktes schriftlich zu begründen. (§ 139 Abs. 3 S. 2 Ref.Entw.; 150 Abs. 3 S. 2 EVPO; § 80 Abs. 3 S. 1 VwGO)

Ob die § 150 Abs. 4 S. 4 EVPO und § 139 Abs. 4 S. 4 Ref.Entw. geglückt sind, bezweifelt Plagemann ¹⁾, da auch schon vor einer entsprechenden Entscheidung der Widerspruchsbehörde die Notwendigkeit einer Aussetzung gegeben sein müsse. Diese Kritik beruht auf dem Mißverständnis, daß der Widerspruchsbehörde die Anordnung der aufschiebenden Wirkung erst gestattet sein solle, wenn sie dem Widerspruch nicht abhilft. Mit der Behörde, die dem außergerichtlichen Rechtsbehelf nicht abhilft, ist jedoch die Erstbehörde gemeint, die, sobald sie diese Entscheidung gefällt hat, unzuständig wird, so daß dann die Kompetenz der Widerspruchsbehörde, also der Behörde, die über den außergerichtlichen Rechtsbehelf (endgültig) zu entscheiden hat, auflebt ²⁾.

1) Plagemann, Rechtsschutz, Anm. 298 Fn. 2

2) Koordinierungsausschuß, Entwurf, S. 324 (Begründung): "Nach Abs. 4 S. 4 soll die Befugnis zur (Wieder-)herstellung der aufschiebenden Wirkung auf die Behörde, die über den außergerichtlichen Rechtsbehelf zu entscheiden hat, übergehen, sobald dieser die Nichtabhilfeentscheidung der nachgeordneten Behörde vorliegt. Die Vorschrift soll eine zeitraubende Hin- und Hersendung der Verwaltungsvorgänge während des außergerichtlichen Rechtsbehelfsverfahrens verhindern".

§ 139 Abs. 6 Ref.Entw. gibt - mit einer anderen Formulierung - inhaltlich § 150 Abs. 4 S. 6 EVPO wieder und stellt klar, daß die verwaltungsbehördlichen Entscheidungen der Anordnung oder Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung - im Gegensatz zu der nach § 86 Abs. 3 S. 2 SGG - unselbständiger Art sind, und daher einem gesonderten Rechtsbehelfsverfahren in der für die Anfechtung von Verwaltungsakten vorgeschriebenen Form nicht unterliegen ¹⁾.

2. Die gerichtliche Anordnung oder Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung

§ 140 Ref.Entw. bzw. § 151 EVPO, die das Verfahren über die gerichtliche Anordnung oder Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung in einer besonderen Vorschrift zusammenfassen, bringen für die Sozialgerichtsbarkeit bedeutsame Änderungen. Umfang und Voraussetzung der gerichtlichen Befugnis entsprechen derjenigen der Verwaltungsbehörde gem. § 139 Abs. 4 Ref.Entw. bzw. § 150 Abs. 4 EVPO. Ein Anlaß, die Anordnung oder die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung im Rahmen des Verwaltungsverfahrens bei gewissen Tatbeständen anders zu regeln als bei einer Aussetzung der Vollziehung durch das Sozialgericht (vgl. § 86 Abs. 3 und 4 einerseits und § 97 Abs. 2 bis 4 SGG andererseits) besteht nicht mehr, wenn - wie de lege ferenda beabsichtigt - die aufschiebende Wirkung und die Aussetzung des Vollzugs durch die Verwaltungsbehörde auf alle Bereiche, die in die Zuständigkeit der Sozialgerichte fallen, ausgedehnt wird. Im Unterschied zu § 97 Abs. 3 SGG hat das Sozialgericht nach der neuen Regelung nicht mehr die Befugnis ²⁾,

1) Koordinierungsausschuß, a.a.O., S. 325 (Begründung)

2) Die Anordnung der Vollziehung erfolgt nämlich nur im ureigensten Interesse der Verwaltung, nicht aber in dem der unabhängigen Gerichte, vgl. S. 192

die Vollziehung der angefochtenen Entscheidung anzuordnen. Von Bedeutung ist ferner, daß der Antrag auf Aussetzung - im Gegensatz zur bisherigen Regelung im Sozialgerichtsgesetz - schon vor Erhebung der Anfechtungsklage zulässig ist und ein selbständiges Nebenverfahren auslöst, während § 97 Abs. 2 S. 4 SGG ein mit dem Sozialprozeß in untrennbarem Zusammenhang stehendes Verfahren vorsah ¹⁾.

Ferner verbessern die § 140 Abs. 1 S. 4 Ref.Entw. und § 151 Abs. 1 S. 4 EVPO den Rechtsschutz des Bürgers gegenüber der bisherigen Regelung im Sozialgerichtsgesetz. So sehen die § 80 Abs. 5 S. 3 VwGO u. § 69 Abs. 3 S. 4 FGO im Gegensatz zum Sozialgerichtsgesetz allgemein ²⁾ vor, daß das Gericht die Vollziehung eines der aufschiebenden Wirkung unterliegenden Verwaltungsaktes verhindern und darüberhinaus sogar rückgängig machen kann. Die neue Regelung nimmt auch die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts und des Bundesfinanzhofes auf, ³⁾ indem sie vollzogene und freiwillig befolgte Maßnahmen ausdrücklich gleichstellt, so daß der gesetzestreue Bürger nicht benachteiligt wird ⁴⁾.

Nach § 140 Abs. 3 S. 1 Ref.Entw., § 151 Abs. 2 EVPO, die § 80 Abs. 6 S. 1 VwGO, § 69 Abs. 3 S. 5 FGO sowie § 97 Abs. 2 S. 3 SGG entsprechen, steht dem Gericht der Hauptsache ein jederzeitiges Abänderungsrecht zu, ohne daß sich die Sach- oder Rechtslage geändert

1) vgl. Koordinierungsausschuß, Entwurf, S. 326 (Begründung)

2) Das Schrifttum geht (teilweise) davon aus, daß die Gerichte (nur) in den Fällen des § 97 Abs. 2 S. 2, Abs. 3 u. 4 SGG, die Vollziehung rückgängig machen können (vgl. Peters/Sautter/Wolff, SGG, § 97 Anm. 10)

3) Kopp, VwGO (3. Auflage), § 80 Anm. 12

4) Koordinierungsausschuß, Entwurf, S. 327 (Begründung)

haben muß. Auch die ändernden und aufhebenden Beschlüsse unterliegen ebenso wie die Beschlüsse über Anträge gem. § 140 Abs. 1 Ref.Entw., § 151 Abs. 1 EVPO der Beschwerde.

Der Ref.Entw. sieht ferner wie die EVPO für Rechtsmittel gegen Beschlüsse nach § 140 Abs. 1 und Abs. 3 S. 1 Ref.Entw. bzw. § 151 Abs. 1 u. Abs. 2 EVPO keine besondere Regelung vor, so daß gegen entsprechende Entscheidungen der Verwaltungs-, Finanz- und Sozialgerichte, im Unterschied zu § 80 Abs. 6 S. 2 VwGO, § 69 Abs. 3, 4 S. 3 FGO, § 97 Abs. 2 bis 4 SGG, die Beschwerde uneingeschränkt zulässig sein wird (§ 165 Abs. 1 Ref.Entw., § 176 Abs. 1 EVPO). Auch die Behörde soll in Zukunft, nicht zuletzt aus Gründen der Chancengleichheit, ein Beschwerderecht gegen einen den Antragsteller begünstigenden Beschluß des Verwaltungsgerichts haben, um ggf. im öffentlichen Interesse liegende Belange (vgl. § 97 Abs. 3 SGG) durchzusetzen. Eine Befugnis des Gerichts im öffentlichen Interesse die sofortige Vollziehung anzuordnen, ist nicht vorgesehen, da es sich insoweit um "originäre Verwaltungszuständigkeiten" handelt ¹⁾.

3. Die einstweilige Anordnung ²⁾

Sowohl nach § 143 Ref.Entw. wie auch gem. § 153 EVPO, die beide im wesentlichen den gleichlautenden Bestimmungen über die einstweilige Anordnung in

-
- 1) Koordinierungsausschuß, Entwurf, S. 328 (Begründung)
 - 2) Zum vorläufigen Rechtsschutz bei Verwaltungsakten mit Doppelwirkung im Bereich der Sozialgerichtsbarkeit s. Plagemann, Rechtsschutz, Anm. 303-307; Koordinierungsausschuß, Entwurf, S. 329 ff (Begründung); Der Referentenentwurf geht anders als der Koordinierungsausschuß grds. von der aufschiebenden Wirkung des Rechtsbehelfs eines Dritten gegen den einen anderen begünstigenden Verwaltungsakt aus.

der Verwaltungs- (§ 123 VwGO) und in der Finanzgerichtsbarkeit (§ 114 FGO) entsprechen, wird die einstweilige Anordnung im Sozialgerichtsverfahren in Zukunft, auch schon vor Klageerhebung, allgemein statthaft sein. Damit ist der teilweise verfassungswidrig ¹⁾ und zum Teil lückenhaft ²⁾ (nicht) geregelte vorläufige Rechtsschutz des Sozialgerichtsgesetzes auch insoweit dem Niveau der anderen Verwaltungsprozeßordnungen angeglichen. Abweichend vom Vorschlag des Koordinierungsausschusses entscheidet das Gericht über den Antrag nach § 143 Abs. 2 S. 4 Ref.Entw. immer durch Beschluß. Damit wird ein Meinungsstreit beseitigt ³⁾, der wegen des Fehlens von § 922 ZPO im Verweisungskatalog von § 123 Abs. 3 VwGO zur Zeit noch herrscht ⁴⁾.

Durch die allgemeine Statthaftigkeit der einstweiligen Anordnung werden die Spezialregelungen der §§ 180 Abs. 6, 181 S. 2 SGG über die einstweilige Anordnung im besonderen Wiederaufnahmeverfahren überflüssig ⁵⁾. Eine dem § 130 S. 2 SGG entsprechende Regelung wird dagegen - wenn auch modifiziert - in Zukunft beibehalten werden. Sowohl § 127 Abs. 2 S. 2 Ref. Entw. als auch § 138 S. 2 EVPO, die beide den Erlaß von Urteilen auf Verpflichtungs- und andere Leistungsklagen regeln, schreiben vor, in welchen Fällen und unter welchen Voraussetzungen das Gericht davon absehen kann, die Spruchreife herzustellen. Jedoch muß das Gericht nach wie vor grund-

1) s.o. S. 140 f.

2) s.o. S. 157 ff., 160 ff.

3) vgl. BVerwGE 30, S. 91

4) vgl. Koordinierungsausschuß, Entwurf, S. 336 f. (Begründung)

5) ders., a.a.O., S. 390 (Begründung)

sätzlich die erforderlichen Überlegungen selbst anstellen und die notwendigen Ermittlungen durchführen. Wie bereits nach § 130 S. 1 SGG soll das Gericht ausnahmsweise von der Herstellung der Spruchreife absehen können, wenn es zweckmäßig ist, die Berechnung der dem Kläger zustehenden Leistung den Verwaltungsbehörden zu überlassen. Weitgehender als der Koordinierungsausschuß und der bisherige § 130 S. 2 SGG vorsehen, soll nach dem Reg.Entw. das Bescheidungsurteil nicht auf Geldleistungen beschränkt sein ¹⁾, sondern sich auch auf Sach- und Dienstleistungen erstrecken. Es ist jedoch zweifelhaft, ob insoweit ein Bedürfnis besteht, die Gerichte zu entlasten, da Schwierigkeiten bei der Berechnung des Umfangs von Sach- und Dienstleistungen anders als bei Geldleistungen ²⁾, wie bspw. Rentenzahlungen, kaum auftreten werden. Der Koordinierungsausschuß hatte, um der Gefahr eines Mißbrauchs vorzubeugen, die Befugnis zum Erlaß eines Bescheidungsurteils über die Höhe des Zahlungsanspruches davon abhängig gemacht, daß keiner der Beteiligten widerspricht ³⁾. Dagegen geht der Ref.Entw. davon aus, daß die Gerichte auch ohne diese Beschränkung von ihrer Entscheidungsbefugnis angemessenen Gebrauch machen und verzichtet daher auf eine entsprechende Regelung.

§ 143 Abs. 2 S. 3 Ref.Entw. und § 153 Abs. 2 S. 3 EVPO fassen die bisherigen Verweisungen in § 123 Abs. 3, 4

1) Koordinierungsausschuß, Entwurf, S. 306 (Begründung)

2) s. o. S. 62 u. 63

3) Koordinierungsausschuß, Entwurf, S. 306 f. (Begründung)

S. 2 VwGO sowie § 114 Abs. 3, 4 S. 2 FGO zusammen und nehmen die §§ 927, 944 ZPO neu in den Verweisungskatalog auf, um den einstweiligen Rechtsschutz weiter zu vereinheitlichen ¹⁾.

Die Einfügung von § 927 ZPO in den Verweisungskatalog beendet den Meinungsstreit darüber, ob die einstweilige Anordnung auf Antrag wegen nachträglich veränderter Umstände aufgehoben werden kann ²⁾. § 944 ZPO tritt an die Stelle von § 123 Abs. 2 S. 3 VwGO, § 114 Abs. 2 S. 3 u. 4 FGO und soll neben der Harmonisierung der Verfahren auch der Beschleunigung dienen ³⁾. § 941 ZPO wurde gestrichen, da die Vorschrift weder für die Verwaltungs- noch die Finanz- oder die Sozialgerichtsbarkeit von Bedeutung ist ⁴⁾. Schließlich sehen die § 144 Ref.Entw., § 154 EVPO, wie bereits § 47 Abs. 7 VwGO, eine einstweilige Anordnung im Normenkontrollverfahren vor, die das Sozialgerichtsgesetz bislang nicht kennt ⁵⁾.

1) Koordinierungsausschuß, Entwurf, S. 336 (Begründung)

2) Dies war von Rechtsprechung und Literatur bisher überwiegend bestritten worden, weil § 123 Abs. 3 VwGO u. § 114 Abs. 3 FGO nur auf § 939 ZPO verweisen; s. OVG Lüneburg, NJW 1971, S. 110 u. OVG Koblenz, NJW 1972, S. 303

3) Koordinierungsausschuß, a.a.O., S. 337 (Begründung)

4) ders., a.a.O., ebenda

5) vgl. BSGE 29, S. 255; Plagemann, Rechtsschutz, Anm. 299

Lebenslauf

Am 22. August 1951 wurde ich als Sohn des Realschullehrers Peter Lemmer und seiner Ehefrau Elisabeth, geborene Preiß, in Marburg/Lahn geboren.

Ab Frühjahr 1958 besuchte ich die Volksschule meines Heimatortes (Ebsdorfergrund-)Hachborn, Landkreis Marburg. Von dort wechselte ich 1962 auf die Martin-Luther-Schule, ein neusprachlich-naturwissenschaftliches Gymnasium, an dem ich im Juni 1970 die Reifeprüfung ablegte.

Im Wintersemester 1970/71 nahm ich das Studium der Rechtswissenschaften an der Philipps-Universität in Marburg auf und schloß dieses im Januar 1976 mit dem 1. juristischen Staatsexamen ab. Im März desselben Jahres trat ich in den Referendardienst des Landes Hessen ein mit Ausbildungsstationen in Limburg/Lahn, Herborn, Wetzlar, Marburg, Kassel, Gersfeld und Frankfurt/Main. Anfang August 1978 legte ich das 2. juristische Staatsexamen ab. Anschließend war ich als wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Philipps-Universität Marburg, Fachbereich Rechtswissenschaften, tätig. Im März 1979 wurde ich zum Regierungsrat z.A. bei der Oberfinanzdirektion, Abteilung Bundesvermögensverwaltung, in Koblenz ernannt und leitete bis Anfang Juli 1980 das Referat Landbeschaffung. Seit Ende Juli 1980 bin ich im Bundesfinanzministerium im Referat "Grundsatzfragen des Bankwesens und der Bankenaufsicht" tätig.

Günter Lemmer

